

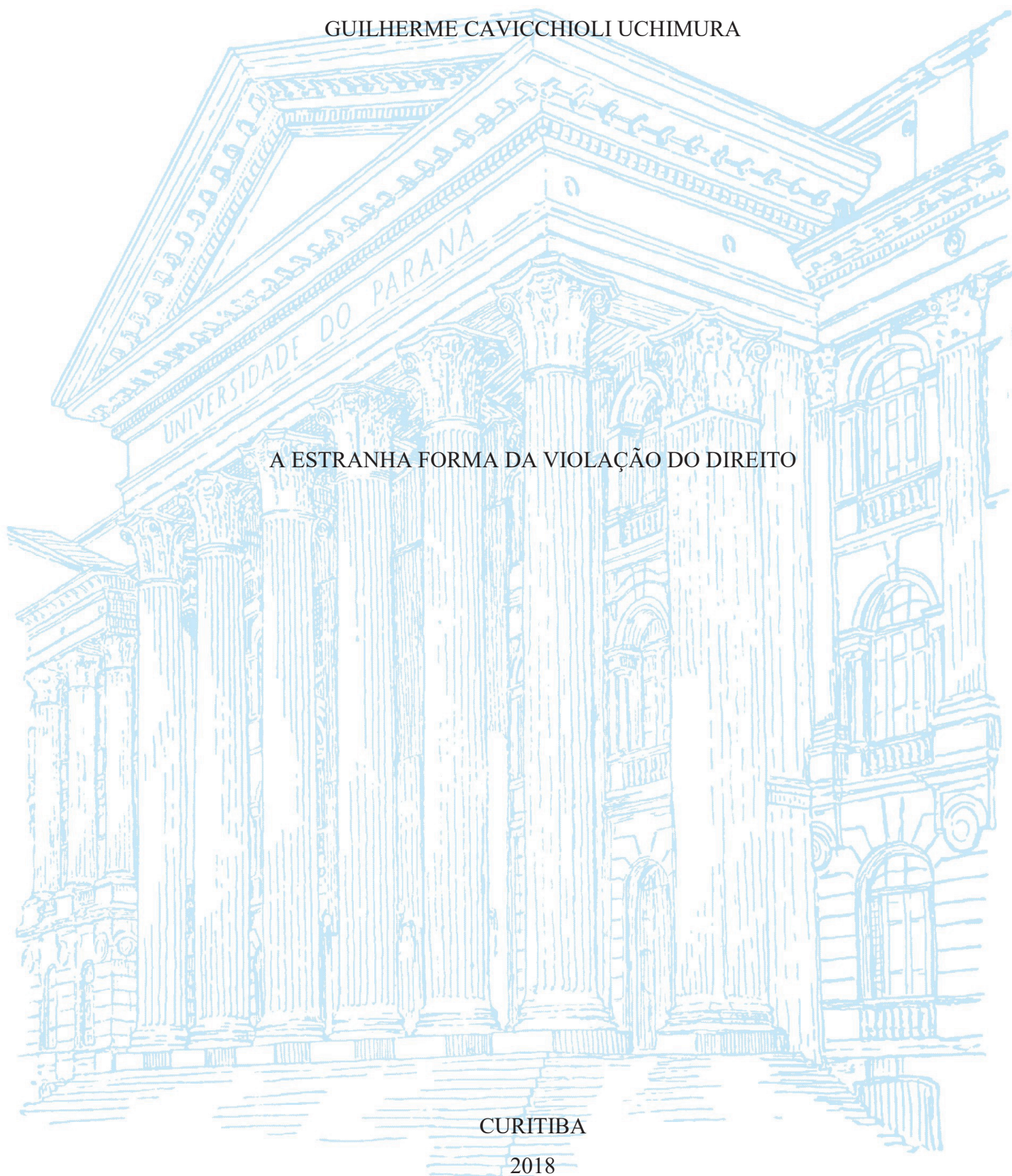
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME CAVICCHIOLI UCHIMURA

A ESTRANHA FORMA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO

CURITIBA

2018



GUILHERME CAVICCHIOLI UCHIMURA

A ESTRANHA FORMA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Políticas Públicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Estado, Economia e Políticas Públicas.

Orientadora: Prof^a. Dra. Iara Vigo de Lima

Coorientador: Prof. Dr. Ricardo Prestes Pazello

CURITIBA

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS –
SIBI/UFPR COM DADOS FORNECIDOS PELO(A) AUTOR(A)
Bibliotecário: Eduardo Silveira – CRB-9/1921

Uchimura, Guilherme Cavicchioli

A estranha forma da violação do direito / Guilherme Cavicchioli
Uchimura. - 2018.

218 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de
Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Políticas
Públicas.

Orientadora: Iara Vigo de Lima.

Coorientador: Ricardo Prestes Pazello.

Defesa: Curitiba, 2018.

1. Violação do direito. 2. Análise econômica do direito. 3. Marxismo. I.
Lima, Iara Vigo de. II. Pazello, Ricardo Prestas. III. Universidade Federal
do Paraná Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-
Graduação em Políticas Públicas. IV. Título.

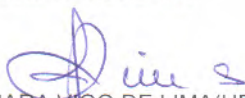
CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em POLÍTICAS PÚBLICAS da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **GUILHERME CAVICCHIOLI UCHIMURA**, intitulada: **A ESTRANHA FORMA DA VIOLAÇÃO DO DIREITO**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de Mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 21 de Setembro de 2018.



IARA VIGO DE LIMA(UFPR)
(Presidente da Banca Examinadora)



SILVIA ALAPANIAN(UEL)



JOSÉ RICARDO VARGAS DE FARIA(UFPR)



MOISES ALVES SOARES(SOCIESC)

aos
severinos
e
às
severinas
de cuja
prática viva
se fabrica
o espetáculo
da vida

AGRADECIMENTOS (OU DESENREDOS)

Agradecer, como dita o costume prefacial monográfico, parece-me, sim, fundamental. Mas há encontros – que, em seus desenredos, nos entrega o espetáculo da vida – para os quais o agradecimento escrito parece gesto pouco. Falar é exteriorizar-se em sons, silêncios e ruídos. Escrever é parecido. Gostaria de poder expressar algo maior que isso. Como transformar estes sons, silêncios e ruídos em uma espécie de canto, música, palavras em movimento. Admirar talvez seja a palavra que, aqui, melhor possa expressar este desejo. O prefixo *ad* indica estar próximo de alguma coisa, sem se confundir com ela. A ad-miração é o olhar de fora que causa movimento. É um princípio de atração e distanciamento, um deslocamento em direção ao outro, uma aproximação movida pelo espantar-se de si.

A dissertação aqui apresentada é o produto objetivo deste curso de mestrado, mas evidentemente, no todo, não apenas dele. De tanto ad-mirar, a vida passada e presente acaba sendo um enredar-se em desenredos. *Por toda terra que passo, me espanta tudo que vejo* – eis uma possível síntese, cantada por Dori Caymmi e Paulo César Pinheiro. Um grande desenredo de terras passadas e presentes, caminharos próximos e distantes, encontros e desencontros, espantos e movimentos: eis o inventário de admirações às quais se destina este pouco gesto escrito. Com ele, sumária e incompletamente, agradeço

a Iara e Ricardo, pela confiança que depositaram em todo o processo de orientação desta pesquisa e em projetos futuros, nos quais seguiremos juntos, pelo aprendizado imensurável, pelo muito que seria vão tentar expressar em neste ou em qualquer outro papel;

a Silvia, José Ricardo e Moisés, pela fundamental participação deste processo como membros das bancas de qualificação e defesa, pelas leituras críticas, pela incitação ao pensar coletivo, pelos debates e acúmulos que a partir deles ainda virão;

a Bárbara, Esther e demais trabalhadores e trabalhadoras da UFPR, pelo trabalho dedicado e atencioso sem o qual nenhum destes passos seria possível;

aos amigos e às amigas que dividiram as experiências dentro e fora de nossas salas de aula no 4Ps: Rizza, Ivan, Almir, Roger, Alex e demais, pelo apoio indispensável nesta trajetória;

ao conjunto todo do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR, espaço que possibilitou

incontáveis trocas e aprendizados os quais, mais do que nesta dissertação, permanecem gravadas no que sou e permaneço sendo – doravante no curso do doutorado, que agora se inicia;

aos e às camaradas do MAB: Daiane, Robson, Nívea, Rodrigo, Silvana, Mari, Luneia, Tchenna, Leandro, Emiliano, Timm, entre tantos e incontáveis militantes atingidos por barragens, pelas vivências políticas mais significativas que forjam a projeção de meu ser no mundo, pela resistência contra a violência que será, oxalá, vencida pela luta do povo organizado;

aos companheiros e às companheiras de caminhada paranaense transgeracional da RENAP – Frigo, Fernando, Flávia e Mari, para mencionar alguns nomes – pela amizade e pela solidariedade que tornam possível seguir enfrentando as ingremidades das práticas de advocacia popular;

aos companheiros e às companheiras de pesquisa que, neste ano, me acolheram no IPDMS – Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais, instituto que inspira a esperança em uma pesquisa comprometida com a práxis popular;

aos companheiros e às companheiras da Consulta Popular e do Núcleo Anita Pereira César, pela luta que ensina e por manter viva a esperança coletiva da conquista de um projeto popular para o povo brasileiro;

a Renato, Reginaldo, Érika, Bessa e Miguel, pela resistência docente que permitiu sonhar e agir a partir do pensar crítico nos corredores da graduação na UEL;

aos amigos e às amigas do Lutas, nosso projeto de assessoria jurídica universitária popular de Londrina: Deíse, Gui, Joyce, Ana Flávia, Ludy, Lay, Gabi, Autieres, Gabriel, Ana Teresa, Ana Luísa, Fer e tantos outros encontros que, em atrito, forjaram a fagulha de mútuas explosões extrapoladas do norte paranaense para o Brasil; a Rodolfo, em especial, também pelas leituras e debates sobre esta pesquisa e pela presença no que permanecemos a compartilhar: direito, delírio, experiência e coisas reais; a Baru, também pela amizade bonita e pelo compartilhar afetuoso das emoções discentes, mas não só, comuns em nossas jornadas;

aos pesquisadores e às pesquisadoras do NEFIL, pelas quintas-feiras de trocas ricas e incitação conjunta à construção de um pensamento crítico e latino-americano sobre o fenômeno jurídico;

a Pedro, pela leitura atenciosa, pelo auxílio imprescindível na tradução de expressões para esta pesquisa e, também, pelas caminhadas belo-horizontinas borbulhantes de pensamentos e experiências;

a Aldacy, pelos inigualáveis aprendizados no pensar crítico sobre o direito do trabalho e pela oportunidade de pensar conjuntamente sobre temas cujo desenvolvimento foi fundamental para esta pesquisa;

a Paula, pelas passadas conjuntas, pelo compartilhamento de sonhos e cuidados com um jardim que há de florescer no campo popular; a Naiara, além disto, também por ser a irmã afetuosa que, como em tantos outros momentos decisivos da vida, trouxe o olhar forte e de apoio no momento final desta pesquisa;

a Ana Luisa, pela presença por inteiro na banca de defesa deste trabalho, pelo gesto de uma pequena pedra que, de dentro do bolso da camisa, veio a se tornar maior que o mar;

antes do fim, o começo:
a todos os familiares que me apoiaram e me apoiam nos caminhos da academia e da vida, ainda que fisicamente distantes; Stela: mãe de amor infinito, coração gigante presente a qualquer lonjura, exemplo de compaixão e sensibilidade; Enio: pai sonhador e afetuoso, exemplo de inquietude e anseio pelo novo;

sobretudo, ao povo trabalhador brasileiro, que, por meio da CAPES, oportunizou a possibilidade de dedicação integral a esta pesquisa, concretizando imprescindíveis políticas públicas de fomento à educação e à pesquisa de caráter independente e nacional.¹

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 (cf. Portaria nº 206, de 4 de setembro de 2018, da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

Olha a cama de gato
Olha a garra dele
É cama de gato

Melhor se cuidar
No campo do adversário
É bom jogar com muita calma
Procurando pela brecha
Pra poder ganhar

(Gonzaguinha, *Geralinos e Arquibaldos*, 1975)

RESUMO

Buscando atualizar e aprofundar o debate marxista sobre a problemática da violação do direito em sua generalidade, a pesquisa se propõe a explorar tal objeto a partir do confronto em nível teórico entre duas correntes de pensamento delimitadas: a crítica marxista ao direito e a análise econômica do direito (AED). No âmbito das relações de produção, apreendem-se sistêmicas relações de violação do direito por parte de um grande número de unidades produtivas, em grande medida como estratégia de minimizar custos com obrigações ou transgredir obstáculos legais. Neste sentido, a sistemática de relações de violação do direito pode ser considerada um problema real, cotidiano e que afeta principalmente a vida das populações historicamente exploradas e as suas lutas por melhores condições sociais. Delimita-se, a partir disso, a investigação da violação do direito e sua misteriosa relação com a dinâmica mercantil da sociedade capitalista. Analisa-se criticamente a construção da assim chamada “teoria da violação eficiente do direito” no campo da AED, tendo por centralidade o exame das obras de Coase, Birmingham e Posner. A partir de uma inspiração no exercício antropológico do estranhamento, esta teoria é observada como um objeto exótico transformado em familiar, buscando-se compreender de que modo o fenômeno da violação do direito é por ela abstratamente representado. Em síntese, os resultados desta análise indicam que o campo da AED formalizou teoricamente, a partir da década de 1970, abstrações de objetivações materiais da violação do direito e, como expressão de sua característica sinceridade burguesa, apresentou elementos que permitem a produção de aproximações na investigação deste fenômeno. Combinando tais acúmulos com a interpretação da obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, de Evguiéni Pachukanis, torna-se possível afirmar que o movimento real das relações de violação do direito está no encontro entre sujeitos de direito em relações decorrentes condicionadas pela forma da troca de equivalentes. A problemática da pesquisa, a partir disto, coloca-se do seguinte modo: a categoria violação do direito representa uma forma geral (variante particular de circulação), abrangendo unitariamente um fato (ação arbitrária de uma das partes) e uma relação decorrente (relação de troca-contratual estabelecida após o fato). Com esta aproximação, discute-se ainda a possibilidade de reunião de pelo menos três grandes conjuntos de relações sociais particulares que assumem esta forma geral: (i) violações de contratos, (ii) violações de normas legais e (iii) violações de direitos subjetivos. Em todas elas, o centro explicativo do fenômeno é encontrado justamente na possibilidade de pagar uma medida equivalente ao direito violado. É o ato do pagamento, como momento de realização da equivalência entre o fato de violação do direito e a pretensão jurídica concreta correspondente, que confere sentido material para a noção jurídica de sanção em seu sentido mais geral – abrangendo, por exemplo, desde o caso do homicídio até o caso da violação contratual. A estranha forma da violação do direito apresenta-se, assim, como complemento à forma jurídica na dinâmica das relações de produção: enquanto esta representa a via histórica de mercantilização da vida, aquela representa a via histórica de sua calculabilidade.

Palavras-chave: 1. Violação do direito. 2. Crítica marxista ao direito. 3. Crítica à análise econômica do direito.

ABSTRACT

In order to update and to deepen the Marxist debate on the problem of the violation of the law in its generality, the research proposes to explore this object from the confrontation at a theoretical level between two delimited currents of thought: Marxist Critique of Law and Law & Economics. In the context of production relations, systemic breach of the law by a large number of productive units is perceived, largely as a strategy to minimize costs with obligations or to transgress legal obstacles. In this sense, the system of relationships of violation of the law can be considered a real and daily problem, that affects mainly the life of the historically exploited populations and their struggles for better social conditions. From this, it can be delimited the investigation of the violation of the law and its mysterious relationship with the mercantile dynamics of capitalist society. The construction of the so-called "efficient breach theory" in the field of Law & Economics is critically analyzed, with a focus on the works of Coase, Birmingham and Posner. From an inspiration in the anthropological exercise of estrangement, this theory is observed as an exotic object transformed into familiar, seeking to understand how the violation of the law phenomenon is abstractly represented by it. In summary, the results of this analysis indicate that the Law & Economics field theoretically formalized, from the 1970s, abstractions of material objectifications of the violation of the law and, as an expression of its characteristic bourgeois sincerity, presented elements that allow the production of approximations in research of this phenomenon. Combining such accumulations with the interpretation of Evguiéni Pachukanis's *General Theory of Law and Marxism*, it's possible to affirm that the real movement of the violation of rights relations is in the encounter between subjects of law in relations conditioned by the form of the equivalents exchange. The problem of research, from this, is as follows: the category of violation of law represents a general form (a particular variant of circulation), unitarily covering a fact (arbitrary action of one of the parties) and a resulting relation of exchange-contract established after the fact). From this approach, it's also discussed the possibility of gathering at least three large sets of particular social relationships that take this general form: (i) violations of contracts, (ii) violations of legal norms and (iii) violations of subjective rights. In all of them, the explanatory center of the phenomenon is found precisely in the possibility of paying a measure equivalent to the violated right. It is the act of payment, as a moment of realizing the equivalence between the violation of the law and the corresponding concrete legal claim, which gives material meaning to the legal notion of sanction in its most general sense - covering, for example, from the case from homicide to breach of contract. The strange form of the violation of law thus appears as a complement to the juridical form in the dynamics of the relations of production: while this represents the historical path of commodification of life, it represents the historical path of its calculability.

Key-words: 1. Violation of the law. 2. Marxist Criticism of Law. 3. Critique to Law & Economics.

SUMÁRIO

SOBRE AS APROXIMAÇÕES SUCESSIVAS E O EXERCÍCIO DO ESTRANHAMENTO .. 13

INTRODUÇÃO	18
DO ESTRANHAMENTO DO REAL	18
À CONCRETIZAÇÃO TEÓRICA DO OBJETO ESTRANHADO	22
1 O FAMILIAR COMO OBJETO EXÓTICO: O MOVIMENTO REAL DO DIREITO EXPLICADO A PARTIR DA TEORIA MARXISTA.....	29
1.1 O DIREITO ACHADO NA CRÍTICA DA ECONOMIA POLÍTICA: ORIGENS HISTÓRICAS DA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO	31
1.2 AS CATEGORIAS EXPLICATIVAS DO MOVIMENTO REAL DO DIREITO	39
1.2.1 Os pressupostos jurídicos da valorização	42
1.2.2 Processo de troca e sujeito de direito	45
1.2.3 Relação jurídica, forma jurídica, autonomia relativa e adeontologicidade	50
1.2.4 Equivalência: da forma primitiva à forma contratual.....	56
1.3 A QUESTÃO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO NA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO..	64
2 O EXÓTICO COMO OBJETO FAMILIAR: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TEORIA DA VIOLAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO.....	70
2.1 NOÇÕES SOBRE O CAMPO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	73
2.1.1 O surgimento da AED em Chicago	75
2.1.2 A conformação do campo da AED no Brasil	78
2.1.3 Das linhas gerais de desenvolvimento do campo à representação da violação do direito.....	84
2.2 VIOLAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO: EXAME DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO NO CAMPO DA AED.....	95
2.2.1 Coase e o “direito” de causar danos como fator de produção	101
2.2.2 Birmingham, a mobilidade das mercadorias e a garantia da equivalência contratual	105
2.2.3 Posner, custos de oportunidade e a violação do direito como opção mercadológica.....	114
2.3 O QUE ENSINA A CRÍTICA AO EXÓTICO “QUE NUNCA PODE PASSAR A SER FAMILIAR”?	123
3 O ESTRANHAMENTO COMO SÍNTESE: APROXIMAÇÕES AO MOVIMENTO REAL DA VIOLAÇÃO DO DIREITO.....	134
3.1 O CASO DO GRUPO SERPOS	137
3.2 A VIOLAÇÃO DO DIREITO COMO CATEGORIA.....	148
3.2.1 A violação do direito na estrutura de exposição de <i>Teoria Geral do Direito e Marxismo</i>	150
3.2.2 Pachukanis e a dimensão da generalidade da violação do direito	152
3.2.3 Pachukanis e a dimensão da historicidade da violação do direito	157
3.2.4 Pachukanis, violação do direito e litígio.....	164
3.3 A VIOLAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA SOCIAL	172
3.3.1 Sujeito de direito e violação do direito.....	174

3.3.2	Forma contratual e relações de violação do direito	178
3.3.3	Os conjuntos de relações de violação do direito.....	199
3.3.4	Entre o arbítrio e o cálculo	205
CONSIDERAÇÕES FINAIS		214
REFERÊNCIAS		218
ANEXO I: "Relatório de Processos Trabalhistas de 2011"		219

SOBRE AS APROXIMAÇÕES SUCESSIVAS E O EXERCÍCIO DO ESTRANHAMENTO

Iniciarei, aqui, com algumas palavras sobre a relação entre o pesquisador e o processo de pesquisa. Durante o tempo em que se está envolvido na investigação de um objeto, o pensar sobre o fazer é algo inquietante. Ou ao menos tende a sê-lo, quando há alguma intencionalidade na pesquisa. A concepção de que o conhecimento do objeto se dá por “aproximações sucessivas ao real” (NETTO, 2006, p. 31), por sua vez, é ambivalente à ansiedade por se conhecer algo. Por um lado, combate o desânimo que nasce da percepção da impossibilidade de acesso imediato ao movimento do real (a cada pequeno passo, um pouco mais próximo); por outro, é implacável na inesgotabilidade do processo de pesquisa (infinitos passos não seriam suficientes para se chegar onde quer que seja).

A partir da concepção do *fazer pesquisa* como *produzir aproximações sucessivas*, é provável que o pesquisador logo se depare com um dilema próprio do plano expositivo da pesquisa. O que se revela a ele, talvez já na primeira linha da redação da dissertação, é que a escolha entre escrever a exposição de uma pesquisa na primeira pessoa do singular (*eu*) ou do plural (*nós*) não é uma questão menor. Tampouco recurso meramente estilístico. Redigir uma dissertação é assumir no plano da exposição posições tanto epistêmicas quanto políticas em relação ao objeto pesquisado.

As operações de pesquisa, por sua vez, não são realizadas senão em meio ao conjunto complexo de aproximações teóricas já historicamente acumuladas e, no caso das ciências sociais, à implicação prática do investigador no próprio objeto de estudo. Convivem em polarização, neste sentido, as dimensões coletiva e individual do processo de fazer pesquisa, o que por vezes se torna algo gramaticalmente difícil de ser resolvido diante dos limites implicados na oposição dicotômica entre o *eu* e o *nós*.

Diante do dilema assim colocado, considerando que a construção do conhecimento crítico é um processo histórico e, portanto, coletivo, optei por escrever a exposição desta dissertação a partir da flexão plural (*nós*). Isso com exceção deste breve texto prefacial – como já se pôde notar desde seu início. A crítica marxista ao direito, campo prático-teórico em que se situa esta dissertação, representa um grande acúmulo de aproximações ao fenômeno jurídico produzidas sob o compromisso com uma práxis transformadora do real. Este acúmulo, evidentemente, é histórico e coletivo. Sob a luta de classes, não é exagero dizer que a pesquisa social tem lado, assumidamente ou não. E, se a luta é de classes, faz sentido que a construção teórica nela

implicada, ainda que nos marcos da delimitação mais rigorosa possível, seja exposta a partir do *nós*, seja como referência à participação da pesquisa em um projeto maior, seja – e aqui, sim, trata-se de recurso também com viés didático – como convite ao leitor para acompanhar a exposição mantendo certo vínculo com o escritor na progressão do texto.

Sob outro viés, por outro lado, optei por apresentar neste texto – vale dizer, de caráter pré-expositivo – algumas questões que transitam entre o eu e o nós, razão pela qual aqui começo fazendo uso da primeira pessoa no singular. O motivo de tal apresentação, mais comum de ser encontrada em trabalhos etnográficos, é que de fato esta pesquisa tem como inspiração o exercício antropológico do estranhamento, assim comumente disseminado: “vestir a capa de etnólogo é aprender a realizar uma dupla tarefa que pode ser grosseiramente contida nas seguintes fórmulas: (a) *transformar o exótico no familiar* e/ou (b) *transformar o familiar em exótico*” (DAMATTA, 1978, p. 4).

Ao estudar o fenômeno da violação do direito, tarefa a que se propõe esta dissertação, há um grande ganho no exercício de sistematicamente estranhá-lo como objeto a ser conhecido. Isso porque, na produção da vida sob a sociedade do capital, o tema da violação do direito se faz comum e cotidiano, ainda mais quando abrangemos o conjunto de conceitos a ele análogos ou semanticamente próximos – transgressão, ilícito, infração, ilegalidade, inadimplência, crime, delito, descumprimento, desobediência, desrespeito etc.

O exercício de estranhar este conjunto de relações sociais se faz ainda mais relevante aos juristas práticos, que em geral estão envolvidos em lidar profissionalmente com aspectos deste fenômeno. A advocacia trabalhista, por exemplo, pode ser vista como a atuação técnica em litígios envolvendo – na maior parte das vezes – a violação da legislação trabalhista ou a reparação por danos decorrentes da violação de direitos.¹ Nestes casos, a atuação prática em torno do fenômeno da violação do direito tende a se tornar familiar ao jurista. Com o sistema penal e os profissionais que nele atuam, fica ainda mais nítida esta mesma familiarização que, em todo o caso, acaba dificultando a investigação objetiva do fenômeno pelo pesquisador a ele familiarizado.

¹ Aparece aqui uma complexidade na distinção entre violação do direito, violação da legislação e violação de direitos, questão que será tratada no decorrer da dissertação.

É o que Horace Miner nos faz refletir com a descrição antropológica dos estranhos hábitos do povoado dos Nacirema. O provocativo texto – Nacirema é *American* ao contrário – nos faz refletir sobre como a familiaridade com os fenômenos sociais podem dificultar a sua percepção objetiva, sobretudo em relação à própria sociedade em que se vive: “[o] antropólogo tornou-se tão familiarizado com a diversidade das formas pelas quais diferentes povos se comportam em situações semelhantes, que ele é incapaz de surpreender-se mesmo em face dos costumes mais exóticos” (MINER, 1956, p. 58).

Em outro giro, o exercício de estranhar a nós mesmos assemelha-se à inspiração motriz do método genealógico. Nesta proposta, seguindo Nietzsche, a intenção de Foucault era “não apenas ganhar acesso ao passado não familiar, mas também articular e iluminar o presente, tornando, portanto, o passado um meio para acessar o presente”. Neste aspecto, o interesse do filósofo francês era, em síntese, a “história do presente” ou, ainda, a “ontologia histórica de nós mesmos” (LIMA, 2010, p. 3-4).

Isso tudo se relaciona ao motivo deste texto pré-expositivo em primeira pessoa. Não é irrelevante para a exposição da pesquisa o fato de que minha trajetória profissional esteve envolvida no lidar prático com o fenômeno da violação do direito. Tendo passado pelas experiências de oficial de justiça atuante no sistema criminal, advogado trabalhista e assessor jurídico popular, o exercício de *transformar o familiar em exótico* – uma espécie de processo de “auto-exorcismo” (DAMATTA, 1978, p. 5) – coloca-se potencialmente como exercício intelectual para uma aproximação não fetichista dos fundamentos materiais da violação do direito.

Apenas ilustrativamente, é de se mencionar uma situação ocorrida em 2012. Neste ano, período em que eu exercia em Londrina/PR a profissão de oficial de justiça, enfrentei pela primeira vez no plano investigativo a estranha relação observada entre os fenômenos da *violação do direito* e do *mercado* – a qual a mim, com o tempo transcorrido, tornou-se não menos enigmática.

Em uma penitenciária, depois de realizar a intimação de um detento cujo nome já não me recordo, fui questionado por ele sobre quantos meses ainda faltariam para que terminasse de pagar a pena. Percebi, neste momento, que havia ouvido muitas vezes esta mesma expressão: “pagar a pena”. Era uma expressão bastante recorrente entre a população carcerária. Por quê? Pergunta aparentemente simples. Porém, do exercício profissional à cadeia da graduação em direito da Universidade Estadual de Londrina, a busca pela explicação do sentido da expressão “pagar a

pena” me levou ao estudo de obras de criminologia crítica e, pela primeira vez, à leitura da obra de Evguiéni Pachukanis, autor que ocupará posição central no desenvolvimento desta dissertação. Diante da totalidade, a simplicidade da pergunta logo se mostrou enganosa. De algum modo, o familiar começava a transformar-se em exótico. Foi o primeiro passo em direção ao enfrentamento da complexidade real da questão da violação do direito a partir da *crítica marxista ao direito*.

Passaram-se cinco anos, e neste percurso deixei a profissão de oficial de justiça para advogar na área trabalhista em Curitiba/PR. Deparei-me, novamente, com o fenômeno da violação do direito. Mas agora não mais pela população marginalizada encarcerada, mas sim pela prática de organizações empresariais. A presença frequente de algumas delas na cadeira dos réus da Justiça do Trabalho, elevada ao escárnio com a noção de “preposto profissional”, aprofundou o estranhamento em relação ao fenômeno da violação do direito. Em seu movimento real, o direito não é fácil de ser compreendido.

A prática judicial trabalhista me colocou frente à questão da violação do direito em um ângulo rigorosamente distinto em comparação ao âmbito criminal. Parecia a mim que as empresas também estavam “pagando a pena”, de modo semelhante em relação ao observado na execução da pena no sistema criminal. Como compreender esta semelhança? O que haveria de geral na violação do direito em suas distintas expressões fenomênicas?

No período seguinte, marcado ainda por outras experiências com a violação do direito na assessoria jurídica popular realizada junto a movimentos populares, percebi, ante a ausência de literatura crítica específica que desse conta da complexidade do fenômeno da violação em sua generalidade, que a sua compreensão não seria resultado apenas de aprofundamentos de estudos, tampouco mero exercício exegético dos fundamentos da crítica marxista. Quando estranhada e transformada de familiar em exótica, a violação do direito se apresenta como um objeto espinhoso ao conhecimento crítico. Basta observar a pluralidade de características entre as duas experiências descritas, a vivenciada como oficial de justiça e a vivenciada como advogado trabalhista, para verificar-se que não é simples a tarefa de responder o que há de comum nesta grande diversidade, apenas muito parcialmente retratada por este par de situações.

Foi no decorrer desta trajetória que despertei o interesse por conhecer o que estudiosos do fenômeno jurídico alinhados a outros campos políticos da comunidade acadêmica andariam pensando sobre a violação do direito. Em um estudo inicial – que, nos anos de 2016 e 2017, tive a oportunidade de realizar em conjunto com a professora que orienta esta pesquisa –, observamos

que desde a década de 1960, a começar pela emblemática Universidade de Chicago, juristas identificados com a assim chamada *análise econômica do direito* têm produzido um olhar sobre esta questão a partir do conceito econômico de eficiência (LIMA e UCHIMURA, 2018).

Eis que me deparei com a necessidade de realizar novamente o exercício antropológico do estranhamento. Ao longo do processo de pesquisa – tal qual um etnógrafo que, munido apenas de seu caderno de anotações, se exila de sua tribo para registrar os hábitos de outra –, realizei operações de leitura, assisti a palestras e participei como observador de seminários do campo da análise econômica do direito. Para um estudante alinhado às lutas da classe trabalhadora, a fórmula de Roberto DaMatta se completava com a busca pela transformação do *exótico* – as idiosincrasias burguesas – em um objeto *familiar*.

A principal descoberta que, retornando à crítica marxista, pude trazer deste exercício foi a representação do fenômeno da violação do direito pela assim chamada *teoria da violação eficiente do direito*. A análise dos argumentos que embasam este conceito revelou elementos a serem considerados não apenas na crítica ao campo da análise econômica do direito, mas também na reconstrução teórica deste objeto.

Os principais resultados destes estudos não são, entretanto, respostas prontas às questões colocadas, mas, mais propriamente, aproximações à problemática que, para ser enfrentada com seriedade, exigirá esforços maiores. Deixo assim apontadas, como continuidade deste projeto investigativo, as tarefas de observação, estudo e sistematização das generalidades do fenômeno da violação do direito na construção da crítica marxista ao direito e na busca de suas intersecções com a crítica da economia política.

A presente dissertação, cuja exposição se inicia na página seguinte, ocupa o lugar de pontapé inicial desta vontade, e mais do que vontade individual, fazendo neste momento a transição da flexão do singular (*eu*) para o plural (*nós*), coloca-se também como resultado tributário do esforço historicamente acumulado de aproximações sucessivas do real voltadas ao momento histórico em que, mais do que conhecê-lo, possamos sobretudo transformá-lo.

INTRODUÇÃO

DO ESTRANHAMENTO DO REAL

Entre os movimentos sociais e populares,² são comuns práticas organizadas de denúncia ou mobilização em decorrência de manifestações fenomênicas da violação do direito. Vejamos, a título de exemplo, as relações de violação de direitos trabalhistas e suas consequências práticas à relação capital-trabalho: a disputa econômica pelas proporções entre mais-valia e salário também se dá no plano da violação da legislação e dos contratos que dão forma às relações de trabalho – fenômeno representado em extensa literatura crítica das áreas do direito do trabalho e da sociologia do trabalho (RAMOS FILHO, 1994; COUTINHO, 1998; SOUTO MAIOR, 2007 e 2011; CARDOSO, 2003).

Mas não apenas. Um exemplo mais concreto: em 1973, a *Ford Motor Company* assumiu – deliberadamente e com base em análises de custo-benefício – o risco de causar a morte de centenas de consumidores ao deixar em circulação uma frota de veículos com graves defeitos de fábrica nos Estados Unidos. Referimo-nos ao caso do modelo Ford Pinto, analisado por nós em outro momento.³

O caso foi revelado com a divulgação de um memorando no qual analistas da empresa concluíam que seria mais barato pagar eventuais indenizações em processos judiciais do que recolher os veículos para reparar o problema. Em 1991, o caso inspirou a produção do filme *Class Action*, cujo roteiro retrata uma companhia automobilística – a fictícia *Argo Motors* – sendo demandada judicialmente por vítimas de acidentes em que, semelhantemente ao modelo *Ford Pinto*, o incêndio do veículo provocado em colisões leves resultava em acidentes fatais. “É mais barato lidar com os processos judiciais do que corrigir o problema – diz, em ilustrativo momento do filme, um dos gestores da *Argo Motors* – é o que os

² Consideramos movimentos populares aqueles que se orientam “pela contestação de eixos articulares de nossa realidade social” (PAZELLO, 2014, p. 29). Para um aprofundamento na distinção entre movimentos sociais e populares e uma caracterização destes como formas sociais do capitalismo, ver Pazello (2014, p. 26-37).

³ Para aprofundamentos sobre o caso, entre outros, ver Dowie (1977); Cullen, Maakestad e Cavender (1984); Schwartz (1990); Lee (1998); Lima e Uchimura (2018).

contadores de feijão [analistas de riscos] chamam de um simples cálculo atuarial” (CLASS ACTION, 1991, tradução livre).

Como compreender o fato de que, neste “simples cálculo atuarial”, a empresa estimou a extensão do valor da vida das pessoas que viriam a se acidentar em exatos duzentos mil dólares? E, aqui, vale dizer: o valor de duzentos mil dólares aparece tanto no filme, quanto no cálculo de fato realizado pela *Ford Motor Company*, conforme revelado pelo memorando mencionado.

Em sentido próximo, a ruptura da barragem de rejeitos de Fundão na Bacia do Rio Doce, em 2015, aparece como o mais emblemático caso na história brasileira recente de precificação da vida a partir de um “acidente” empresarial. Como compreender materialmente a massiva “violação de direitos” em megaprojetos, questão recorrentemente estudada atualmente?⁴ Ou, de modo mais geral, a responsabilização de empresas pela emergência de danos a populações historicamente exploradas?

Com essas perguntas, podemos começar dizendo que, no âmbito das relações de produção, apreendem-se sistêmicas “violações de direitos” por parte de um grande número de unidades produtivas, em grande medida como estratégia de minimizar custos com obrigações ou transgredir obstáculos legais. Neste sentido, a sistemática de relações de violação do direito pode ser considerada um problema real, cotidiano e que afeta principalmente a vida das populações historicamente exploradas e as suas lutas por melhores condições sociais.

Exemplo desta concepção é a afirmação de que “submetidos à concorrência, empresários podem ser levados a violar direitos humanos (por exemplo, mediante a exploração de trabalhadores) não apenas para maximizar seus ganhos, mas como condição mesma para sua subsistência” (ZANITELLI, 2011, p. 44). É o que também se indica no documento *Empresas e violações de direitos humanos: esse lucro não é direito*, produzido pela Organização de Direitos Humanos Terra de Direitos: “as práticas diárias, principalmente de grandes empresas e do setor financeiro, provam que a busca pela maximização dos lucros é um dos principais elementos que justificam e animam as violações de direitos humanos” (TERRA DE DIREITOS, 2015, p. 1).

⁴ Ver, por exemplo, os trabalhos de Timo (2011) e de Romeiro e Frota (2015).

Nesta pesquisa, trabalharemos mais precisamente com o caso do Grupo Serpos, que ilustra bem estas afirmações.⁵ Na dimensão metodológica, cabe-nos desde já dizer que, apesar de apresentarmos um dito “estudo de caso”, não será nosso objetivo debatermos as possibilidades de generalização dos resultados deste estudo, evidentemente bastante limitadas. A sua análise, porém, será importante para ilustrar os argumentos desenvolvidos na pesquisa e para complementar as operações de leitura de nível teórico realizadas.

O caso guarda alguma semelhança com a narrativa dos cálculos realizados pela *Ford Motor Company* em relação aos defeitos do modelo *Ford Pinto*. Por enquanto, podemos dizer que a Serpos é um grupo empresarial goiano cujo departamento jurídico, alguns anos atrás, produziu o documento *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*. Na análise do documento, no curso da exposição, poderemos observar orientações baseadas em análises de custos para que, em casos de demissão sem justa causa, a empresa não realizasse o pagamento aos trabalhadores de suas verbas rescisórias, em especial da indenização compensatória prevista na legislação nacional.⁶

Eis um fenômeno enigmático em certa medida representado por estes exemplos, mas não explicado pela literatura crítica: a violação do direito e sua misteriosa relação com a dinâmica mercantil da sociedade capitalista. Considerando este fenômeno como nosso objeto de estudo, interessa-nos entender quais são os seus fundamentos materiais, ou seja, aquilo que lhe dá movimento real – o que não é autoevidente nem na observação de suas denúncias, tampouco nos estudos de suas representações sociológicas.

Por sua vez, a teoria marxista, como crítica à tradicional concepção normativista do fenômeno jurídico, apresenta-se aqui como aposta para uma “desobstrução dos canais” do idealismo jurídico (GONÇALVES, 2014, p. 332) e, com isso, para a construção de explicações do movimento real do direito em casos como estes. Se compreendermos estas violações como fenômenos subordinados à totalidade capitalista, ou seja, a partir de um olhar inserido na “virada materialista no campo do direito” (GONÇALVES, 2014, p. 301), a

⁵ Ressalvando nossos estudos exploratórios realizados em outros momentos (UCHIMURA, 2016a; UCHIMURA, 2016b; COUTINHO e UCHIMURA, 2018; LIMA e UCHIMURA, 2018), não foi identificada nenhuma publicação sobre este caso nas bases de dados “Google Acadêmico”, “Periódicos CAPES” e “Catálogo de Teses e Dissertações CAPES”.

⁶ Ao leitor para o qual já se despertou alguma curiosidade sobre o caso, recomendamos desde já a leitura integral do documento, que se encontra anexo a este trabalho. Voltaremos a tratar dele de modo detalhado no terceiro capítulo.

questão que se coloca é explicitar, a partir das necessárias mediações, qual é a misteriosa relação entre o fenômeno da violação do direito e a lógica mercantil da sociedade capitalista. A formulação de respostas a estas perguntas coloca-se como necessidade premente à crítica marxista ao direito, não apenas em sua atualização e em seu desenvolvimento teórico, mas sobretudo em seu engajamento na transformação do real no tempo presente.

Se o direito aparece como fenômeno, em alguma medida, redutível ao cálculo pela prática empresarial – e isto pode nos parecer algo estranho em relação ao que estamos familiarizados na compreensão comum do jurídico, muitas vezes vinculada a uma espécie de aspecto afirmativo dos “direitos” como resultado de conquista de lutas populares –, cabe-nos aqui exercer o exercício do estranhamento antropológico. Isto é, desde já, buscar transformar o direito de um objeto familiar em um objeto exótico. A partir disso, podemos iniciar a nossa investigação com uma questão genérica e provocativa ao afastamento desta familiaridade. O que se quer dizer, afinal, com *violação do direito*?

Buscando examinar a violação do direito como um objeto exótico, partiremos da aposta de que é possível investigar, primeiramente no pensamento burguês, possíveis respostas para esta pergunta. Neste sentido, gostaríamos de poder efetivamente conhecer o que pensam os empresários práticos que, nos termos das representações citadas acima, “animam as violações de direitos humanos” na “busca pela maximização dos lucros”. Entretanto, ainda que fosse nosso objetivo entrevistá-los e pudéssemos contar com sua sinceridade, sabemos que na entrada do terreno oculto da produção encontraríamos alguma advertência implícita do tipo “[n]o admittance except on business [entrada permitida apenas para tratar de negócios]” (MARX, 2017a, p. 250).

Para os propósitos desta pesquisa, por outro lado, podemos contar com a representação teórica do fenômeno da violação do direito realizada no campo da análise econômica do direito (AED). O que nos interessa é que há neste campo uma recente produção teórica relacionada ao fenômeno da violação do direito: a partir da década de 1970, autores ligados a esta corrente de pensamento desenvolveram a assim chamada “teoria da violação eficiente do direito” ou – não por acaso tendo por língua nativa o inglês – “*efficient breach theory*”, a qual buscaremos analisar criticamente nesta dissertação como etapa dos processos de estranhamento e aproximação de nosso objeto de pesquisa.

A AED é um movimento relativamente recente. O seu desenvolvimento inicia-se em meados do século vinte, quando economistas e juristas estadunidenses começaram a produzir

um olhar para o direito a partir de modelos econômicos. Ainda que bastante heterogêneo, esse movimento tem sido genericamente denominado, a partir das referências iniciais de língua inglesa, de direito e economia (*Law and Economics*) ou análise econômica do direito (*Economic Analysis of Law*). A nomenclatura que adotaremos nesta exposição é esta última, na forma da sigla AED, por brevidade e pela facilitação visual na leitura.

Trata-se de campo do conhecimento que, em nível nacional, tem se desenvolvido de forma crescente, sobretudo em programas de pós-graduação na área do direito e em associações privadas de pesquisadores, entre as quais, por exemplo, a ADBE – Associação Brasileira de Direito e Economia e a ADEPAR – Associação Paranaense de Direito e Economia, ambas com objetivos institucionais ligados ao desenvolvimento da AED.

Já a teoria da violação eficiente do direito, situada dentro deste campo, aparece como uma representação do fenômeno da violação do direito realizada a partir de determinados pressupostos político-epistêmicos, em geral mais próximos do pragmatismo e da econometria. Sustentam, como núcleo central, que contratos podem ser violados e que estas violações podem ser inclusive socialmente desejáveis a partir do critério da eficiência econômica.

A proposta central da pesquisa consiste em investigar a representação do fenômeno da violação do direito por esta vertente teórica e, a partir do confronto com a crítica marxista ao direito, caracterizar criticamente os fundamentos gerais do fenômeno da violação do direito. Trata-se de duas perspectivas sobre o fenômeno jurídico que, apesar da interface em comum entre direito e economia, situam-se em polos político-epistêmicos antagônicos. Até onde nossos levantamentos puderam alcançar, não se tem conhecimento de que tal confronto tenha sido realizado tal como aqui proposto, motivo pelo qual afirmamos ter esta pesquisa um caráter eminentemente exploratório.

À CONCRETIZAÇÃO TEÓRICA DO OBJETO ESTRANHADO

O real nos desafia a todo instante a apreendê-lo e, dele sendo parte, transformá-lo. Pelo simples ato cotidiano de transitar pela cidade, ao parar por um instante para observar tudo que nos envolve e existe ao nosso redor, percebe-se a riqueza caótica de relações sociais que, constituindo a realidade que nos cerca, nos satura enquanto participantes deste todo complexo.

Em linhas gerais, sobretudo na tradição marxista, o processo de pesquisa tem o objetivo de se apropriar da realidade histórica (KOSIK, 1976). Isso significa apreendê-la não apenas de modo imediato e intuitivo, mas fundamentalmente por meio da *crítica*. A crítica é o processo em que se busca, realizando mediações, trazer à consciência os fundamentos de determinado objeto e, também, negá-lo e realizar a sua superação prático-teórica (NETTO, 2011). Neste processo, por meio da representação analítica dos fenômenos investigados e das condições de sua produção, a teoria social tem por especificidade a necessidade prévia de reconstrução mental do objeto de investigação (FERNANDES, 1978).

A sociedade capitalista, em sua dinamicidade histórica, apresenta uma multiplicidade inesgotável de relações que demandam a produção de conhecimento crítico atualizado e envolvido em uma práxis transformadora do real. Diante de tal inesgotabilidade, a tarefa inicial da pesquisa é delimitar questões socialmente relevantes e, empregando processos investigativos apropriados ao objeto, formular respostas que permitam uma aproximação em forma de conhecimento crítico da totalidade social. É dizer: se no cotidiano estamos saturados de relações sociais, no processo de construção do conhecimento teórico cabe ao investigador “saturar o objeto pensado com as suas determinações concretas” (NETTO, 2011, p. 53).

Nos marcos destes pressupostos epistemológicos, a tarefa teórica de fundo que se coloca na presente pesquisa é a reconstrução do fenômeno da violação do direito como objeto do pensamento a ser saturado em suas determinações concretas. Em síntese, um dos objetivos desta pesquisa é aproximar-se da compreensão das relações de violação do direito, ou seja, “conhecer-lhe a estrutura” (KOSIK, 1976, p. 18), realizando sua apropriação teórica e análise crítica enquanto fenômeno que integra a realidade histórica capitalista.

Trata-se de fenômeno cujas condições de produção e reprodução, sobretudo as relações com a forma jurídica em geral, precisam ainda ser colocadas em evidência e analisadas criticamente. No mínimo, é necessário começarmos pensando sobre o que há de comum nas distintas expressões do fenômeno da violação do direito na sociedade do capital. Isso quer dizer identificar suas generalidades, mas sem descuidar de possíveis particularidades. Evidentemente, não será possível esgotar aqui esta tarefa, que apenas poderá ser enfrentada de modo apropriado em uma abordagem de maior fôlego. Com esta pesquisa, esboçamos alguns passos em direção à delimitação da problemática da violação do direito.

Se considerarmos a violação do direito como uma relação social, concluiremos que é impossível, como diz Marx sobre as formas econômicas, examiná-la com o auxílio de

microscópio e reagentes químicos.⁷ A reconstrução da violação do direito como objeto do pensamento, portanto, não escapa aos processos histórico-teóricos de aproximações sucessivas, dinamizados pela força da abstração, pela investigação de aparências e pelo desvelamento de essências.

O que buscaremos em um primeiro momento, com isso, é a abstração de objetivações materiais do fenômeno da violação do direito. Se em linhas gerais o conhecimento teórico não pode se limitar à imediatez da aparência, por outro lado necessariamente a tem como ponto de partida (NETTO, 2011). É dizer: “deixar de parte a aparência fenomênica significa barrar o caminho ao conhecimento do real” (KOSIK, 1976, p. 68).

Como exercício inicial de estranhamento em relação à violação do direito, observemos algumas situações relativamente comuns no cotidiano. Podemos convencionar que, nos exemplos com os quais trabalharemos, “A” será a parte que pratica um fato de violação, e “B” a parte afetada por este fato.

Vejamos, então, quatro situações hipotéticas – pensadas arbitrariamente apenas para tal propósito introdutório: (i) “A” é locatário de “B” e, ao romper antecipadamente o contrato de locação, realiza o pagamento extrajudicial de uma multa nele prevista; (ii) “A” estaciona o veículo em local proibido pela legislação de trânsito, é multado e paga uma multa a “B”, o órgão fiscalizador, pela infração; (iii) “A”, uma empresa mineradora de grande porte, paga uma indenização, imposta pelo Estado, em um processo judicial movido por “B”, indivíduo que teve a casa destruída por decorrência da atividade empresarial de “A”; (iv) “A”, uma entidade federativa estadual, paga uma indenização, imposta pelo próprio Estado, em um processo judicial a “B”, vítima de uma prisão ilegal efetuada por autoridades policiais em uma manifestação de rua.

Podemos prontamente observar que estas situações são absolutamente distintas entre si, carregando implicações políticas de pesos também absolutamente distintos entre si. Há, porém, algo de comum nas imagens retratadas. As quatro, cada qual de um modo particular, envolvem um mesmo fenômeno enigmático: a violação do direito e sua misteriosa relação com a lógica mercantil. Apesar das particularidades de cada evento descrito, entendemos

⁷ “[...] na análise das formas econômicas não podemos nos servir do microscópio nem de reagentes químicos. A força da abstração [*Abstraktionskraft*] deve substituir-se a ambos” (MARX, 2017a, p. 78).

ser possível identificar e expressar teoricamente as regularidades deste fenômeno figurativamente indicado por estas pequenas narrativas.

Sem descuidar que “cada início é abstrato e relativo” (KOSIK, 1976, p. 50), é com a apreensão da aparência fenomênica da violação do direito, revelada pelas atividades práticas objetivas do ser humano histórico que estas imagens exemplificam, que aqui se inicia a explicitação teórica dos fundamentos reais de tal objeto. Neste sentido, buscaremos, ao longo da exposição, realizar a aproximação de seu enfrentamento não mais como uma diversidade caótica de imagens isoladas entre si, mas como um momento complexo de concretização do fenômeno jurídico. Quais são, afinal, os fundamentos gerais do movimento real da violação do direito?

Veremos no decorrer da exposição que, ao investigar a violação do direito como fenômeno objetivo, o seu movimento real não se encontra no dever-ser violado, mas sim no conjunto de relações sociais do ser animadas por fatos de violação. É em direção a estas relações sociais que buscaremos produzir aproximações ao longo da exposição. Revela-se fundamental, neste sentido, migrarmos da análise de situações hipoteticamente criadas em direção à realidade materialmente apreendida.

A aposta que faremos na pesquisa, situada simultaneamente como exercício de estranhamento antropológico e como movimento de abstração de objetivações materiais da violação do direito, é a análise crítica de representações teóricas burguesas deste fenômeno. Se notamos que a crítica marxista ao direito pouco aborda a problemática da violação do direito, o mesmo não ocorre no plano da análise econômica do direito. O que nos interessa aqui é que, com base nos métodos de investigação acumulados a partir de Marx, é possível caracterizar a teoria da violação eficiente do direito como uma representação burguesa do fenômeno da violação do direito.

Há, neste sentido, um importante resgate, em termos de método, que precisa ser realizado a partir do que expõe Pachukanis na seção “Introdução – Tarefas da Teoria Geral do Direito” de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*:

A crítica à jurisprudência burguesa, do ponto de vista do socialismo científico, deve tomar como modelo a crítica à economia política burguesa, como fez Marx. Para isso, ela deve, antes de tudo, adentrar no território do inimigo, ou seja, não deve deixar de lado as generalizações e as abstrações que foram trabalhadas pelos juristas burgueses e que se originam de uma necessidade de sua própria época e de sua própria classe, mas, ao expor a

análise dessas categorias abstratas, revelar seu verdadeiro significado – em outras palavras, demonstrar as condições históricas da forma jurídica. (PACHUKANIS, 2017a, p. 80).

Compreensão semelhante aparece em uma sensível passagem de David Harvey na introdução de *Para Entender o Capital*:

[Marx] argumenta que um grande número de pessoas sérias dedicou-se bravamente a pensar a respeito do mundo e viu certas coisas que deviam ser respeitadas, não importa quão unilaterais ou desvirtuadas fossem. O método crítico toma o que os outros disseram e vislumbraram e trabalha com este material a fim de transformar o pensamento – e o mundo que ele descreve – em algo novo. Para Marx, um conhecimento novo surge do ato de tomar blocos conceituais radicalmente diferentes, friccioná-los uns contra os outros e fazer arder o fogo revolucionário (HARVEY, 2013, p. 14).

Em outras palavras, o que estamos propondo não é propriamente a caracterização da AED como um “risco de abalo à democracia” ou como uma espécie de “ameaça ao jurídico”. Tampouco queremos denunciar seu “caráter predatório” ou seu “totalitarismo economicista”, posições estas sugeridas por interpretações garantistas (cf. MARCELLINO JÚNIOR, 2006; MORAIS DA ROSA e MARCELLINO JÚNIOR, 2009; MORAIS DA ROSA 2011; STRECK, 2011).

Sem negar o valor destas abordagens, as quais se orientam à discussão sobre os valores democráticos e a efetividade dos direitos, a nossa proposta de investigação é em grande medida distinta. Como Marx fez em relação aos clássicos da economia política, e como fez Pachukanis em relação aos clássicos da teoria geral do direito, propomos realizar a *crítica* à teoria da violação do direito eficiente.

E isso – repetimos – significa trazer à consciência os fundamentos do objeto, negá-lo e realizar a sua superação prático-teórica (NETTO, 2011). A nossa aposta consiste, em síntese, em considerar que as análises realizadas pelos expoentes da AED possam ser apropriadas pelo pensamento crítico e, examinadas criticamente como representação abstrata da violação do direito, auxiliar na reprodução deste fenômeno como síntese, como concreto pensado – tarefa a qual aqui não nos propomos esgotar, mas apenas realizar aproximações.

Será necessário, assim, “adentrar no território do inimigo” em busca de “generalizações e abstrações” sobre o fenômeno da violação do direito, objetivo que, em nosso plano de exposição, coloca-se no segundo capítulo desta dissertação. Explorando a

metáfora bélica, cabe dizer que, antes de uma campanha perigosa como esta, certamente são aconselháveis um rigoroso preparo e um minucioso planejamento de ação.

Traduzindo para as nossas tarefas teóricas: optamos por sistematizar pontos centrais do corpo teórico da crítica marxista ao direito antes de realizarmos a análise da teoria burguesa, deixando assim preparadas os elementos que serão mobilizados na realização de sua crítica. O primeiro capítulo, com isso, dedica-se à explanação dos pressupostos históricos e teóricos da crítica marxista ao direito. Isso será realizado, conforme veremos, centralmente a partir da sistematização das principais categorias explicativas do movimento real do direito extraídas das obras centrais de Karl Marx e Evguiéni Pachukanis, respectivamente *O Capital* (MARX, 2017a) e *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (PACHUKANIS, 2017a).

No segundo capítulo, passaremos por um processo descritivo da assim chamada *teoria da violação eficiente do direito* e de seu desenvolvimento no campo da análise econômica do direito. A partir da crítica a esta “teoria”, com ênfase para as formulações de Coase, Birmingham e Posner, buscaremos caminhar em direção à compreensão de como o fenômeno da violação do direito é por ela representado. Nesta etapa, realizaremos uma análise combinada da literatura nacional e estrangeira, abrangendo sobretudo textos estadunidenses (estes examinados na língua original)⁸, uma vez que são os Estados Unidos o país em que, fundamentalmente, foi desenvolvida e publicada a produção teórica sobre o tema.

Por último, chegaremos com os acúmulos daí decorrentes ao momento em que concentraremos esforços na construção da problemática da violação do direito no plano da crítica marxista ao direito. Esta etapa se localiza no terceiro capítulo, no qual veremos que, assim como “o direito é expressão categorial de relações sociais específicas” (PAZELLO, 2014, p. 136), a violação do direito é expressão categorial de outras relações sociais específicas, subordinadas à forma destas.

Neste momento, como síntese, esboçaremos uma proposta de caracterização da *forma da violação do direito*, conjugando os principais procedimentos acumulados ao longo da exposição, quais sejam: (i) a exposição das categorias da crítica marxista ao direito, (ii) a crítica à teoria da violação eficiente do direito, (iii) o estudo da obra *Teoria Geral do Direito e*

⁸ A fim de simplificar visualmente o formato das referências, adiantamos que as citações destes textos – a maior sem tradução para o português disponível – serão todas realizadas em tradução livre.

Marxismo e (iv) o exame do caso do Grupo Serpos, a título de recurso ilustrativo, como expressão fenomenicamente sensível das relações de violação do direito realizadas sob determinadas particularidades concretas.

1 O FAMILIAR COMO OBJETO EXÓTICO: O MOVIMENTO REAL DO DIREITO EXPLICADO A PARTIR DA TEORIA MARXISTA

Nossa análise da vida ritual dos Nacirema certamente demonstrou ser este um povo dominado pela magia. É difícil compreender como tal povo conseguiu existir por tão longo tempo sob as cargas que impôs sobre si mesmo.

(MINER, 1956, p. 507, tradução livre)

Este capítulo tem um objetivo central. Iniciaremos, aqui, apresentando o que entendemos por *crítica marxista ao direito* e quais são as suas principais categorias, contextualizando as circunstâncias nas quais este corpo teórico nasce e a partir das quais se desenvolve.

Em termos de referencial teórico, o desenvolvimento desta dissertação se delimita à discussão do corpo teórico fundamentalmente formado pelas obras de Karl Marx e Evguiéni Pachukanis, com centralidade respectivamente para *O Capital*, de 1867, e *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, de 1924. Não se trata de inadvertência em relação à relevância de demais obras do campo crítico, ou mesmo do marxista, que problematizam a questão do direito, mas sim de buscar factibilidade e consistência para o desenvolvimento da pesquisa.

Seguiremos buscando aplicar na exposição o exercício antropológico do estranhamento, ou seja, buscando transformar o direito em um objeto exótico, distanciando-se da familiaridade que a presença cotidiana dos temas jurídicos nos impõe. Aliás, se procurarmos, poderemos encontrar algo próximo ao exercício do estranhamento em alguns momentos já em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, por exemplo, quando “o momento especificamente jurídico” é caracterizado como “um momento irracional, mistificador e absurdo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 175).

As posições mais tradicionais sobre a compreensão do direito, por outro lado, consistem em concebê-lo como norma legal (normativismo ou positivismo jurídico), justiça (jusnaturalismo) ou decisão (decisionismo). Estranhar o fenômeno jurídico significa, em primeiro lugar, abrir mão destas concepções familiares – caminho ao qual, como veremos, a crítica marxista nos convida.

O direito, por sua vez, não é fenômeno irrelevante na análise e na prática dos movimentos populares, ou seja, daqueles que se orientam “pela contestação de eixos

articulares de nossa realidade social” (PAZELLO, 2014, p. 29). A crítica marxista ao direito precisa se desenvolver como corpo teórico com os pés no tempo presente e sem perder de vista a historicidade das relações sociais, voltando-se assim a apresentar respostas à realidade concreta destes movimentos.

Isso para não falar da particularidade geopolítica das relações sociais realizadas no solo latino-americano pelo qual se move nosso caminhar, exigência fundamental que – pelos limites de tempo e espaço – não conseguiremos lidar com a devida propriedade ainda nesta dissertação. Estamos diante, portanto, da necessidade de um profundo esforço de conjugação da análise concreta da situação concreta, para nos referirmos à clássica formulação de Lênin, com a produção teórica atualizada sobre o fenômeno jurídico em sua historicidade capitalista.

O movimento real do direito, sob a perspectiva da teoria marxista, apresenta uma elevada complexidade em seu desenvolvimento histórico e em seu imbricamento na totalidade do modo de capitalista de produzir a vida. Para a investigação das relações de violação do direito, é fundamental partirmos das aproximações historicamente acumuladas em torno da explicação, antes, do próprio direito.

Neste sentido, a crítica marxista ao direito é o campo que, desenvolvendo-se a partir da crítica da economia política, reúne e articula as categorias explicativas do fenômeno jurídico conjugando em sua construção os aspectos materialistas da “totalidade”, da “essencialidade” e da “historicidade” – este último entendido, ainda, nas dimensões conexas da “especificidade” e da “não-atemporalidade” (PAZELLO, 2014, p. 131-142).

Vejamos de que modo estes acúmulos, convidando-nos a estranhar as familiaridades da forma jurídica com que estamos cotidianamente habituados, nos permitirão seguir o plano de exposição. Mais adiante, encontraremos novamente o fenômeno da violação do direito em sua representação pelo campo da AED (capítulo 2) e, depois, na crítica a esta representação (capítulo 3), não mais como um conjunto isolado de imagens, mas já com um índice mais elevado de aproximação de suas regularidades e de sua forma social.

1.1 O DIREITO ACHADO NA CRÍTICA DA ECONOMIA POLÍTICA: ORIGENS HISTÓRICAS DA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO

A importância de Karl Marx para a história do pensamento crítico está, sobretudo, em ter tomado a consciência da existência histórica de um conjunto de relações sociais que, como uma força invisível, mas material, dá movimento a nossas existências: os processos de valorização e acumulação do capital. As formulações de Marx sobre a sociedade capitalista, elaboradas no plano do pensamento, portanto, aproximativas a partir da força da abstração de relações sociais materiais, constituem o legado a partir do qual se construiu o que passamos a denominar de teoria marxista.

De acordo com os conhecimentos acumulados neste campo do saber humano, a reprodução das relações sociais capitalistas, ou seja, a produção de nossas vidas sob este modo de produção, incluindo nossas condições de sobrevivência como alimentação e habitação para dizer o mínimo, depende de que os processos de acumulação e valorização se realizem ciclicamente. Isso não significa inferir que a plenitude das nossas experiências vitais seja determinada diretamente pelo modo de produção. Mas é evidente que a base material formada por estas relações, desde o café da manhã até o repouso do corpo sobre um colchão, constitui parte central da produção da vida e estão profundamente condicionadas pela produção e pela troca de mercadorias realizadas na forma destes processos.

A realização cíclica dos processos de acumulação e valorização implica que a produção e apropriação capitalista de riquezas seja baseada em determinadas condições históricas, como a expropriação massiva do ser humano de seus meios de produção, a mercantilização da força de trabalho e a exploração de um grupo de seres humanos por outro. Como consequência, a distribuição desigual de condições concretas de bem viver entre os seres humanos, com sua expressão máxima na condição famélica e na miséria material como um todo, é uma realidade social produzida por este modo de produção. Com sua implacabilidade aos nossos sentidos e às nossas vidas, nos desafiam a buscar caminhos que levem à sua superação. Conhecer, no grau mais aproximativo possível, os fundamentos que movimentam esta realidade é uma das formas de elevar a nossa capacidade de buscar a sua transformação.

Chegamos então ao encontro das tarefas do presente com o legado marxiano. E com isso começamos nos perguntando: o que Marx tem a nos dizer sobre o direito? Não é nosso

objetivo aqui percorrer o extenso itinerário de abordagens sobre a relação entre direito e marxismo. A pergunta, entretanto, é útil para percebermos que, temporalmente, antes de uma crítica marxista ao direito (a partir de Marx), há uma crítica marxiana ao direito (exteriorizada pelo próprio Marx).

O objeto da principal obra de Marx é exatamente aquele que aparece em seu título: o capital ou, ainda, *o capital como relação social*. Mais precisamente, há a conhecida referência ao objeto de investigação da obra como “o modo de produção capitalista e suas correspondentes relações de produção e de circulação” (MARX, 2017a, p. 78). Assim é construída a “crítica da economia política”, subtítulo d’*O Capital*, como forma de análise da sociedade capitalista. Apesar de não tratar de forma sistematizada sobre o direito nesta análise, Marx nela aborda extensamente o fenômeno jurídico. Interessa-nos mencionar, em particular, a caracterização do direito realizada em um dos momentos centrais da construção da crítica da economia política: a descrição do processo de troca, realizada no capítulo segundo da obra, para cuja análise retornaremos mais adiante.

O direito é encontrado também em diversos outros momentos d’*O Capital*. Considerando as mais de setecentas menções a noções de direito/legalidade no primeiro volume da obra, contadas e analisadas por Ricardo Pazello em sua tese de doutoramento, podemos ressaltar “a não irrelevância do problema do direito, como inspirador das reflexões de Marx”. A maior incidência das referências encontradas localiza-se nos capítulos VIII (“A jornada de trabalho”), XIII (“Maquinaria e grande indústria”) e XXIV (“A assim chamada acumulação primitiva”). “*O capital* – prossegue o autor – carrega consigo uma potencialidade analítica para o direito efetivamente negligenciada” (PAZELLO, 2014, p. 143 e p. 155).

Em sua tese, Pazello também analisou outros dois textos centrais em que Marx enfrenta a problemática jurídica, a saber, *Sobre a Questão Judaica* e *Crítica do Programa de Gotha*. Não é nosso propósito, neste momento, repisar o percurso analítico traçado pelo pesquisador marxista latino-americano. Para nossos propósitos, por enquanto apenas destacaremos dois apontamentos centrais apresentados em sua pesquisa.

O primeiro se situa no plano epistemológico: “há que se compreender o real como totalidade orgânica e concreta, complexa, na qual os fatos incidem, como especificidades que se reordenam conforme a estrutura existente [...] conhecer o direito é saber o lugar que ele toma nesta totalidade”. Com isso, compreender materialmente o direito significa entendê-lo

“como condicionado pelo processo de produção”, único sentido em que “a totalidade se revelará em sua concretude” (PAZELLO, 2014, p. 136).

Nosso segundo apontamento, corolário do primeiro, refere-se à forma essencial do direito: “o direito, em Marx, é uma relação social, com sua especificidade como relação jurídica, que garante a circulação de mercadorias equivalentes por intermédio de proprietários iguais entre si” (PAZELLO, 2014, p. 210).

Com estes apontamentos, Pazello destaca que há, desde os escritos do próprio Marx, uma rica e complexa crítica ao direito construída a partir do método do materialismo histórico. Desponta a partir da obra marxiana a concepção de que o direito é encontrado no capital como relação social condicionada pelo processo de produção. Esta crítica, por sua vez, “tomando as pesquisas de Marx e Engels no século XIX como ponto de partida, deu vez a uma agenda de investigações bastante arrojadas para os marxistas do século XX” (PAZELLO, 2014, p. 208).

Se fosse nosso objetivo tratar desta agenda, logo encontraríamos um extenso catálogo de autores que trataram da questão do direito a partir de maior ou menor inspiração marxiana, tarefa que não caberá ser realizada neste espaço.⁹ O que nos interessa aqui são as mediações que o quadro formado por este histórico, singelamente pincelado, nos permite. Em síntese: partindo da crítica da economia política formulada n’*O Capital*, a forma essencial do direito é encontrada por Marx no processo de produção; este encontro, por sua vez, originou um campo de conhecimento que, hoje, encontra-se em permanente construção: *a crítica marxista ao direito*.

De modo mais preciso, a crítica marxista ao direito consiste no campo de investigação da teoria marxista formado, inicialmente, a partir da sistematização e da produção de aprofundamentos a partir da análise do fenômeno jurídico realizada por Marx. Para nós, trata-se de uma crítica *ao* direito, na medida em que a preposição “ao” nos aproxima do critério da historicidade na investigação do direito. De modo geral, podemos compreender a expressão máxima desta crítica a partir do encontro entre os horizontes da transição política e da extinção do direito (cf. PAZELLO, 2014, p. 208-210 e p. 262-304).

⁹ Para um panorama recente do caso do contexto brasileiro, recomendamos a leitura do recente artigo sobre *O Equilíbrio Catastrófico da Teoria Marxista do Direito no Brasil*, de Moisés Soares (2018).

A “crítica do direito”, por sua vez, se compreendida como um movimento cognitivo realizado de dentro para fora do jurídico, acaba tendo por limites uma “posição ontológica fatalista”, conformando-se aos limites de uma comunidade jurídica que “compartilha de um mesmo histórico teórico-prático, de uma mesma linguagem, guardadas as distâncias geográficas e políticas, e de um sentido de autorreconhecimento de pertença a este campo” (PAZELLO, 2014, p. 208). Em síntese, podemos dizer que uma crítica (a partir) do direito, desprovida da perspectiva da transitividade histórica desta forma social, está condenada a ser uma crítica parcial e fragmentada do fenômeno em sua totalidade.

Em relação ao desenvolvimento histórico deste campo, sem desconsiderar a importância da tematização do fenômeno jurídico em obras de Engels, Kautsky, Lenin, Trotsky e outros, trataremos aqui do grande marco histórico no desenvolvimento do pensamento marxista sobre o direito no século XX: o rico debate sobre o direito instaurado a partir da revolução russa de 1917, envolvendo uma pluralidade de produções teóricas. Nos limitaremos aqui a tratar das posições de Piotr Stutchka e Evguiéni Pachukanis, aquelas a partir das quais se constituiu o legado de que somos ainda hoje tributários.

As questões práticas colocadas aos bolcheviques no contexto real localizado neste período histórico levaram ao que hoje podemos denominar como “debate jurídico soviético”. Com a revolução russa de 1917, a transição e a extinção são concebidas como “problemáticas singulares que o debate soviético traz à tona relativamente ao jurídico” (PAZELLO, 2014, p. 268). A discussão sobre o fenômeno jurídico no contexto de transição colocado a partir da tomada de poder pelos bolcheviques foi historicamente única, tendo nele aparecido propostas teóricas inovadoras de sistematização do pensamento marxiano acerca do direito (cf. SOARES e PAZELLO, 2014, p. 485-493).

Piotr Stutchka foi uma das duas maiores referências neste debate, propondo, a partir da obra de Marx, uma visão relacional e não normativista do direito. No plano prático, Stutchka foi também o primeiro Comissário do Povo para a Justiça. Foi responsável, por exemplo, pela edição do *Decreto nº 1 do Conselho dos Comissários do Povo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas*, ainda em novembro de 1917, pelo qual foram abolidos os tribunais existentes e instituídos tribunais na base de eleições democráticas. Podemos perceber, assim, que se trata de um momento único na história, marcado pelo esforço concomitante de um dirigente revolucionário de contribuir na organização política do período de transição e,

mirando o conjunto de tarefas práticas colocadas, sistematizar teoricamente o pensamento sobre o caráter material do fenômeno jurídico.¹⁰

No plano teórico, a formulação central de Stutchka tem como ponto central a conceituação do direito como “um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada dessa classe” (STUTCHKA, 1988, p. 16). Há, desde esta perspectiva, um importante reforço do caráter relacional do fenômeno jurídico já encontrado na crítica marxiana. Este caráter pode ser referido pela expressão *adeontologicidade* – “neologismo que busca representar a refutação da tese de que o direito é um fenômeno da esfera do dever-ser cindida do ser das relações sociais” (PAZELLO, 2014, p. 225), tema que será retomado adiante.

É com Evguiéni Pachukanis, porém, que a crítica marxista ao direito alcança um nível de maior rigor na apreensão da especificidade do direito a partir da crítica da economia política. Cabe observar, primeiramente, que Pachukanis, assim como Stutchka, ocupou-se no período revolucionário ao mesmo tempo com tarefas práticas e teóricas. A militância de Pachukanis também é marcada pela participação ativa no processo da organização política soviética pós-revolucionária – primeiro como “juiz popular” e, depois, como Vice-Comissário do Povo para a Justiça (NAVES, 2017b; DAVOGLIO, 2017).

Não à toa, o debate sobre o direito alça neste período um salto do qual a crítica marxista é ainda hoje legatária. A efervescência política em torno da construção de um novo modo de vida – aberta por um movimento revolucionário baseado na práxis como conjugação dialética entre prática e teoria – tornava o afastamento das concepções tradicionais da teoria geral do direito, historicamente produzidas como expressão da sociedade burguesa, não mais do que um passo consequente em direção à ruptura com esta velha ordem. Daí o mirante privilegiado do qual os teóricos soviéticos, nesta janela histórica, puderam olhar o fenômeno jurídico e, com isso, *estranhá-lo* (ainda que sem um explícito viés antropológico) *como um objeto exótico à práxis revolucionária*.

No plano teórico, Pachukanis reconhece e destaca o grande avanço proporcionado pela formulação de Stutchka, que consiste na percepção de uma concepção relacional do fenômeno jurídico a partir da obra de Marx. Moisés Soares, neste sentido, adverte o desvio em acentuar

¹⁰ Para uma exposição detalhada sobre as contribuições teóricas de Stutchka, ver Soares e Pazello (2017).

demasiadamente as divergências entre Stutchka e Pachukanis, desconsiderando “o projeto teórico comum de apreender o direito a partir do método de Marx e de intervir no curso da Revolução de Outubro por meio de estratégias e táticas de superação da forma jurídica” (SOARES, 2018, p. 48).

Por outro lado, Pachukanis busca em sua principal obra, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, aprofundar o antinormativismo marxista – ou o caráter adeontológico do direito – e ir além dele no desenvolvimento da crítica marxista ao direito. Compreendeu, com base em rigoroso estudo da crítica da economia política marxiana, que o fenômeno jurídico, em sua forma mais desenvolvida, é não apenas uma relação social, mas ainda uma relação social que apresenta uma *especificidade capitalista*.

A relação jurídica, segundo Pachukanis, é “outro lado da relação entre os produtos do trabalho tornados mercadoria” (PACHUKANIS, 2017a, p. 97). A forma jurídica, por sua vez, é outro lado da forma da troca de mercadorias. Ao apontar de modo sistematizado estes fundamentos do fenômeno jurídico, Pachukanis lançou uma abordagem original que, apesar de não prescindir de uma constante atualização e ampliação como corpo teórico, não foi ainda superada como referência de passagem obrigatória – seja para convergir ou divergir – no desenvolvimento da crítica marxista ao direito.

Pois bem, esta é a obra da qual nos ocuparemos centralmente nesta exposição e que representa o que de mais avançado se alçou na crítica marxista ao direito. Mesmo contado quase um século desde sua primeira publicação, em 1924, a importância e a atualidade de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* permanece sendo amplamente reconhecida, seja como “o trabalho mais fecundo sobre uma aproximação e desenvolvimento de uma teoria marxista do direito” (SOARES, 2011, p. 18), seja como “a principal referência marxista no campo da filosofia do direito” (KASHIURA JÚNIOR e NAVES, 2011, p. 1).

Mesmo para aqueles que apontam a necessidade de um minucioso exercício de crítica a pontos centrais da obra pachukaniana, esta não deixa de ser identificada como “a referência máxima quando se trata da relação entre o direito e o marxismo” (SARTORI, 2015, p. 37). Trata-se, em suma, da obra máxima de um autor que figura como “o mais importante teórico marxista do direito do século XX” (TRINDADE, 2011, p. 18) e que representa, “ainda hoje, a mais importante sistematização de uma teoria marxista do direito” (PAZELLO, 2015, p. 134).

Se a obra de Pachukanis teve a circulação restrita durante certo período,¹¹ é interessante notar, por outro lado, que os momentos em que se acendeu o debate em torno dela correspondem a períodos históricos de agravamento da crise capitalista mundial. Na década de 1970, por exemplo, foi objeto de discussão no continente europeu, não sem polêmicas teóricas, para autores como Umberto Cerroni, Antonio Negri e Nicos Poulantzas. O francês Bernard Edelman, no mesmo período, é o mais reconhecido expoente do pensamento pachukaniano com a produção de interpretações marxistas do direito em situações não revolucionárias, tratando desde a teoria geral do direito (EDELMAN, 1973) até o caso da legalização da greve (EDELMAN, 2016). A primeira tradução de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* para a língua portuguesa é também deste período, de 1977, pela Editora Centelha, de Coimbra.¹²

Na América Latina, os primeiros debates sobre a obra pachukaniana se mostram em território mexicano, mais precisamente nos escritos do filósofo Adolfo Sanchez Vásquez (1976) e de Óscar Correas (1982). No Brasil, as primeiras menções a Pachukanis são encontradas na obra de Roberto Lyra Filho (1972). Em 1983, Márcio Bilharinho Naves, um dos mais eminentes estudiosos do pensamento de Pachukanis, apresentou a dissertação *Aproximações à Crítica Marxista do Direito* no Curso de Mestrado em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, iniciando, a partir daí, uma sólida trajetória de divulgação do pensamento pachukaniano no Brasil,¹³ além de estudos inovadores sobre a questão do direito em Pachukanis (NAVES, 2008) e no próprio Marx (NAVES, 2014).

Entre 1988 e 1989, *Teoria Geral do Direito e Marxismo* foi publicada no Brasil em duas edições, pela Acadêmica e pela Renovar respectivamente. Entre os estudantes do curso de direito alinhados ao pensamento crítico, a obra foi se tornando um emblemático ícone do pensamento crítico sobre o direito, ainda que muitas vezes em grupos de estudos extracurriculares, uma vez que a crítica marxista raramente é abordada em sala de aula.

¹¹ Apesar de não confirmadas documentalmente, há indicações de que, no ano de 1937, Pachukanis teria sido preso e executado pela polícia política soviética, impondo-se a restrição da circulação de sua obra no período seguinte (cf. NAVES, 2017b, p. 357-8; MILOVANOVIC, 2003, p. vii).

¹² Segundo Naves (2017b), o livro também foi traduzido, em diferentes momentos do século XX, para as línguas alemã, inglesa, francesa, espanhola, japonesa, turca, sérvia, grega e italiana.

¹³ Por exemplo, com a organização de *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis* (NAVES, 2009b). Na obra, além de mobilizar trabalhos de autores como Alysson Leandro Mascaro, Celso Naoto Kashiura Júnior e Silvia Alapanian, Naves realiza tradução inédita, em conjunto com Lidia Ferreira, do importante artigo de Pachukanis *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*.

Na última década, novamente marcada pelo agravamento da crise capitalista mundial, nota-se uma retomada dos estudos em torno do livro. O pesquisador russo Ivan Makeev, por exemplo, aponta que, “[r]ecentemente, tanto nas universidades jurídicas russas quanto estrangeiras nota-se [наблюдаться, nablyudat’sya] um interesse no direito e nas concepções jurídicas do período inicial do governo soviético”. Neste contexto, Pachukanis ocuparia um “lugar especial”, sendo “o único marxista e jurista soviético que alcançou um incomum e amplo reconhecimento científico para além das fronteiras da URSS [União das Repúblicas Socialistas Soviéticas]” (MAKEEV, 2016, p. 259).

No caso do Brasil, o interesse na obra pachukaniana é percebido difusamente em eventos acadêmicos, dissertações, teses, artigos publicados em periódicos, dossiês temáticos¹⁴ e livros dedicados à relação entre direito e marxismo. Em 2009, anos antes desta profusão que se nota nos anos mais recentes, tal resgate já era anunciado como parte “um movimento no sentido de rever os principais alicerces da teoria marxista, naquilo que ela possui de realmente revolucionária” (ALAPANIAN, 2009, p. 43).

Como índice desta retomada, não havendo aqui o objetivo de realizar um profundo balanço do estado da arte da presença do pensamento pachukaniano em pesquisas atuais, registramos apenas que, em 2017, a obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo* foi publicada no Brasil em duas edições inéditas, agora pelas editoras Boitempo e Sundermann. Em ambas, foram realizadas traduções ao português pela primeira vez diretamente da versão original escrita por Pachukanis em russo.

As reedições, além de sinalizarem uma considerável procura pela obra no Brasil, também acabaram acendendo a sua releitura entre diversos círculos acadêmicos, entre os quais, no âmbito da Universidade Federal do Paraná, o *NEFIL – Núcleo de Estudos Filosóficos*, vinculado à Pós-Graduação em Direito, do qual pudemos participar sob a condução dos professores Celso Ludwig e Ricardo Prestes Pazello.

Neste contexto, é de se destacar, ainda, a lúcida advertência de Moisés Soares sobre os riscos do “equilíbrio catastrófico da teoria marxista do direito no Brasil”. Para o autor, para

¹⁴ Em especial, vale a menção dos dossiês: “Direito e Marxismo”, publicado em 2014 na edição nº 9 da *Revista Direito e Práxis*; “Marxismo e direito: 90 anos de Teoria geral do direito e marxismo, de E.B. Pachukanis”, publicado em abril de 2015 na edição nº 19 da *Verinotio – Revista de Filosofia e Ciências Humanas*; e “Direito e marxismo: método, ontologia e práxis”, publicado em 2016 no volume nº 2 da *Insurgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*.

além da ênfase na crítica estrutural que concebe o direito como relação social em certa “trilha acentuada”, “é imprescindível dar um sotaque tanto latino-americano às nossas produções, com o fim de compreender as estruturas da forma jurídica periférica/dependente brasileira e formular uma relação orgânica entre teoria e práxis nas críticas marxistas ao direito” (SOARES, 2018, p. 46 e p. 51).

A formulação de Soares constitui, de fato, uma provocação necessária ao desenvolvimento de uma crítica marxista ao direito que extrapole os muros das universidades e, a exemplo do engajamento prático de Stutchka e Pachukanis em seu tempo histórico, encontre no tempo presente os problemas reais da práxis das lutas populares. Neste sentido, firmarmos entusiasmo, por exemplo, na concretização de um programa de investigação em torno da “relação jurídica dependente” (PAZELLO, 2016a, *passim*) e, sobretudo, de um “projeto político de práxis insurgente no direito e para além dele” (SOARES e PAZELLO, 2014, p. 498). Reconhecemos, por outro lado, a limitação de nossos esforços em não atingir as especificidades brasileiras e latino-americanas na presente investigação sobre a violação do direito, tarefa que deixamos apontada para futuros momentos.

Pois bem, vimos aqui que, partindo de um direito achado na crítica da economia política marxiana, consolidou-se historicamente um campo de investigação que passamos a denominar *crítica marxista ao direito*. Dada a relevância e a surpreendente atualidade do pensamento pachukaniano dentro deste campo, daremos centralidade aqui à análise de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, na qual entendemos estarem sistematizadas as principais categorias explicativas do movimento real do direito com as quais pretendemos trabalhar nesta pesquisa. Caberá ao desenrolar da exposição, com isso, adentrar na delimitação destas categorias e nas múltiplas conexões apreendidas entre elas. É esta a tarefa a qual enfrentaremos a partir do próximo item.

1.2 AS CATEGORIAS EXPLICATIVAS DO MOVIMENTO REAL DO DIREITO

Dentre um amplo e heterogêneo conjunto de pensamentos críticos sobre o direito, a obra de Pachukanis se destaca, em síntese, pelo rigor na aplicação do método marxiano à investigação do fenômeno jurídico e no desvelamento de categorias capazes de explicar o

movimento real do direito. Não é exagero dizer que é ele o “primeiro marxista do século XX a, rigorosamente, encontrar o direito n’*O capital*” (PAZELLO, 2014, p. 277).

Além disso, “[a] interpretação marxiana se apresenta na proposta de Pachukanis, que tem o mérito de pela primeira vez sistematizá-la rigorosamente e expô-la conforme o materialismo histórico” (PAZELLO, 2015, p. 137). *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, com isso, figura como a mais importante referência de transição da *crítica marxiana ao direito* (exteriorizada por Marx) à *crítica marxista ao direito* (construída a partir de Marx). Nela, “a totalidade das relações sociais e jurídicas ganha definitivos contornos explicativos e permite uma profunda e complexa reformulação da explicação sobre o jurídico” (PAZELLO, 2014, p. 209).

Segundo Ricardo Pazello, são pelo menos quatro as contribuições definitivas para a teoria do direito que alçam *Teoria Geral do Direito e Marxismo* à condição do legado ainda não superado de Pachukanis: (i) “a leitura metodologicamente precisa de Marx”, (ii) “a oposição a posturas universalistas sobre o direito”, (iii) “a chegada ao cerne do jurídico definido relacionalmente” e (iv) “a exploração de uma fenomenologia da forma jurídica” (PAZELLO, 2017, p. 81).

Não se trata nem de explicar o direito a partir dele mesmo, o que corresponderia ao “formalismo extremo totalmente desconectado da vida” (PACHUKANIS, 2017a, p. 101) atribuído à escola normativa de matriz kelseniana,¹⁵ tampouco de elucubrar explicações idealistas de caráter metafísico ou de caráter psicológico para o fenômeno jurídico, o que se costuma denominar de jusnaturalismo.

Distintamente, a crítica de Pachukanis tem por base epistemológica enfrentar o direito “como um fenômeno social objetivo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 98). A obra de Pachukanis é um rigoroso e constante reforço da concepção de que “relações jurídicas, tal como formas de Estado, não podem ser compreendidas a partir de si mesmas” (MARX, 2008, p. 47). Com isso, o autor busca – seguindo o método marxiano e empregando uma leitura acurada da

¹⁵ Pachukanis confronta a concepção jurídica de Kelsen em diversos momentos ao longo da *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, tratando-o como “o teórico mais extremado do normativismo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 149). Para uma análise detalhada sobre o debate entre Pachukanis e Kelsen, ver Pazello (2013).

*Introdução de 1857*¹⁶ – realizar uma “análise das definições fundamentais da forma jurídica” e, do simples ao complexo, “passar pelo caminho de uma gradual complexidade até a concretização histórica” (PACHUKANIS, 2017a, p. 69 e 86).

Como teórico rigorosamente tributário do método de Marx, é necessário afirmar que em Pachukanis a palavra *direito* não é usada de forma meramente intuitiva e não carrega em si quaisquer valores universais ou a-históricos. Como assinala Márcio Bilharinho Naves, “algo pode ser chamado de direito sem que o seja” (NAVES, 2014, p. 87). A investigação pachukaniana, ao revés, leva à *construção do direito como uma categoria*, ou seja, como o resultado de uma abstração cujo produto é um objeto pensado, movimento intelectual que não prescinde da aplicação dos critérios materialistas da especificidade, da totalidade e da historicidade. O direito, na construção teórica marxista-pachukaniana, é o direito como categoria formulada a partir da crítica da economia política; é o direito como mediação entre o real e o pensamento; é o direito, enfim, como mediação produzida a fim de compreender e transformar a sociedade do capital.

Assim como a população para a economia política, as representações do direito são inevitavelmente *representações caóticas de um todo*. A análise do concreto representado, segundo as indicações de Marx, leva a “conceitos abstratos cada vez mais finos” e “determinações mais simples”. A viagem de retorno constitui o método “cientificamente correto”, pelo qual o direito – em nosso caso – pode ser reconstruído por meio do pensamento, “desta vez não como a representação caótica de um todo, mas como uma rica totalidade de muitas determinações e relações” (MARX, 2011a, p. 77).

É este o caminho que, como veremos, Pachukanis procura seguir em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*.

O ponto central da exposição pachukaniana é que a forma jurídica tem como base histórica de desenvolvimento a relação capitalista de troca de mercadorias. De acordo com o que Marx expõe no segundo capítulo d’*O Capital*, a troca de mercadorias realizada entre seus

¹⁶ Trata-se – tomando mais precisamente a seção denominada *O método da Economia Política* – do texto “único em que Marx expõe de maneira algo sistemática sua visão sobre o método científico para o estudo da sociedade humana” (CARCANHOLO, 2008, p. 16). O texto, publicado postumamente, foi descoberto e publicado pela primeira vez por Karl Kautsky em 1903. A partir de 1939, passou a ser publicado como o texto inicial, em conjunto com outros apontamentos escritos entre 1857 e 1858, do título conhecido como *Grundrisse* (MARX, 2011a).

portadores é um processo fundamental para a realização do ciclo de valorização do valor e, logo, da reprodução do capitalismo.

Pachukanis nos apresenta a formulação de que, neste processo, o ser humano adquire uma qualidade histórica nova, tornando-se um *sujeito de direito* com capacidade de titularizar mercadorias e, mais do que isso, colocá-las em circulação: “o sujeito de direito aparece em sua forma acabada, como um complemento indispensável e inevitável da mercadoria” (PACHUKANIS, 2017, p. 63). Uma destas mercadorias, a principal delas para o processo de valorização, é a força de trabalho. Por sua vez, o trabalhador, apenas ao ser reconhecido como sujeito, pode levá-la ao mercado e trocá-la por salário com os detentores dos meios de produção. Com isso, o direito se revela não como um fenômeno normativo e deontológico (perspectiva hegemônica entre os juristas), mas como um *fenômeno relacional e adeontológico* indispensavelmente complementar ao processo de troca de mercadorias.

Buscaremos demonstrar, na sequência, as linhas gerais pelas quais esta concepção é teoricamente desenvolvida na crítica marxista ao direito.

1.2.1 Os pressupostos jurídicos da valorização

Se levarmos a sério o exercício de estranhamento da forma das relações sociais pela sua historicidade, como vimos nos propondo, perceberemos que o ser humano não é, *naturalmente*, um sujeito de direito. Trata-se, como qualquer outra forma social, de uma forma histórica. Cabe, portanto, questionar: quais forças sociais levaram o ser humano – que objetivamente corresponde a uma unidade biológica ou, como diz Pachukanis, a um exemplar de zoológico¹⁷ – a adquirir a qualidade de sujeito de direito?

A resposta a esta questão apresentada em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* que se desenvolve, fundamentalmente, a partir da emblemática passagem inicial d’*O Capital* em seu capítulo segundo (“O processo de troca”):

¹⁷ “Ela [a dogmática jurídica], dessa maneira, não coloca a questão sobre quais forças levaram o homem [ser humano] a se transformar de um exemplar de zoológico em um sujeito de direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 119).

As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica. (MARX, 2017a, p. 159).

Com base na análise desta densa citação, podemos indicar com maior nitidez a existência da “crítica marxiana ao direito” e sua relevância à própria crítica da economia política a que fizemos menção anteriormente. É dos escritos do próprio Marx, observa Ricardo Pazello, que “no processo de troca de mercadorias [...] se torna possível analisar a forma jurídica como decorrência da análise do valor” (PAZELLO, 2014, p. 147).

Pachukanis, por sua vez, foi o grande precursor em sistematizar a crítica ao direito a partir da análise desta citação d’*O Capital*, passagem hoje quase que obrigatoriamente referida nas principais exposições da crítica marxista ao direito conhecidas. O autor soviético compreende que o processo de troca conforma uma unidade com o processo de produção: “se a mercadoria se manifesta como valor independentemente da vontade do sujeito que a produz, a realização do valor no processo de troca pressupõe um ato voluntário, consciente, por parte do possuidor da mercadoria” (PACHUKANIS, 2017a, p. 120). Se observarmos com atenção, veremos que, na citação, Pachukanis já se refere à *realização do valor* no processo de troca, algo que Marx apenas traria mais adiante na estrutura de exposição d’*O Capital*. É como se o soviético se voltasse ao processo de troca já munido das principais conclusões da leitura integral da obra marxiana para, com isso, nele encontrar a especificidade do direito.

Pois bem, prossegue o autor soviético com a seguinte síntese: “ao mesmo tempo que um produto adquire propriedade de mercadoria e se torna o portador de um valor, o homem adquire um valor de sujeito de direito e se torna portador de direitos” (PACHUKANIS, 2017a, p. 120). A economia mercantil capitalista, cujo processo central é o de valorização do valor, demanda que as mercadorias sejam trocadas umas pelas outras no mercado, inclusive e

sobretudo a força de trabalho por salário. A capacidade de se opor às coisas é, portanto, decisiva para a determinação lógica do sujeito de direito e, com ela, para a reprodução do modo de produção capitalista.

Não é outra a conclusão presente em uma interpretação mais recente da questão do direito no estudo d'*O Capital*, quer dizer, na análise dos escritos do próprio Marx: “o valor, essência das relações sociais burguesas, arrasta consigo um nível jurídico que se mostra fenomenicamente a partir da relação voluntária da troca de mercadorias” (PAZELLO, 2014, p. 149).

Mais precisamente, as relações de troca entre produtores independentes e as relações de troca de força de trabalho por salário, sem as quais o modo de produção capitalista não subsiste, exigem que seres humanos se defrontem entre si não mais como unidades biológicas, mas como portadores de coisas. O trabalhador separa-se de si mesmo para poder vender o uso do próprio corpo não como a inteireza de seu ser, mas como uma coisa da qual é portador e titulariza a livre disposição. Esta criação fantástica, tão sofisticada que se apresenta à apreensão imediata como se fosse familiar, natural e eterna, não é mais do que o produto histórico (e por que não exótico?) do desenvolvimento das relações sociais capitalistas globais.

O fenômeno jurídico n'*O Capital* é pressuposto do processo de troca. Se por um lado “[a] análise da forma do sujeito deriva diretamente da análise da forma da mercadoria”, por outro “o vínculo social da produção apresenta-se, simultaneamente, sob duas formas absurdas: como valor de mercadoria e como capacidade do homem de ser sujeito de direitos” (PACHUKANIS, 2017a, p. 119-121). A derivação no momento da análise leva à descoberta da simultaneidade das duas formas no momento da síntese do processo do valor.

Com isso, podemos dizer, ao menos em um exagero didático, que a forma essencial do direito não é mais do que um subcapítulo da teoria marxiana da sociedade burguesa. Trata-se, porém, de um subcapítulo fundamental para a explicação tanto da forma jurídica, quanto da dinâmica do modo de produção capitalista. Sujeito de direito e mercadoria se complementam como móveis do mesmo processo nuclear do processo de valorização.

Até este ponto, tentamos demonstrar como a *crítica marxista ao direito* se desenvolve a partir da *crítica da economia política* e da *crítica marxiana ao direito*, enfatizando que se trata de um corpo teórico que busca explicar o fenômeno jurídico fundamentalmente revelando a sua vinculação com o processo de troca e a valorização do valor que nele ocorre.

A partir daqui, nosso objetivo será abordar as principais categorias explicativas do movimento real do direito desenvolvidas no âmbito dos aprofundamentos teóricos realizados, a partir do século XX, com base na sistematização teórica do fenômeno jurídico alçada pela *crítica marxista ao direito*.

Com isso, a nossa preocupação no próximo item passa a ser o estudo dos acúmulos teóricos sistematizado neste campo para além da inaugural apreensão da materialidade do fenômeno jurídico n’*O Capital*. Mais precisamente, abordaremos os aspectos que, considerando nossos propósitos, auxiliarão na investigação do fenômeno da violação do direito nas posteriores etapas da exposição.

1.2.2 Processo de troca e sujeito de direito

É célebre, na crítica marxista ao direito, a passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* na qual se afirma que o sujeito de direito é o “átomo da teoria jurídica, o elemento mais simples e indivisível, que não pode mais ser decomposto” (PACHUKANIS, 2017a, p. 117). O sujeito de direito é identificado como a unidade mais simples da teoria jurídica, e por isso é nela que repousa o segredo último da forma jurídica (KASHIURA JÚNIOR, 2014). Veremos neste item porque esta categoria assume tamanha importância na investigação do fenômeno jurídico.

Podemos começar com uma pergunta em alguma medida ampla: afinal, por que determinada relação social precisa se manifestar como direito, e não de outro modo qualquer? Para Celso Naoto Kashiura Júnior e Márcio Bilharinho Naves – importantes comentadores da obra pachukaniana –, a formulação teórica de Pachukanis pode responder a esta questão justamente ao compreender dois pontos: (i) “é na *forma* que repousa o segredo mais íntimo do fenômeno jurídico”; e (ii) “elaborando o conceito de *forma-sujeito de direito*, Pachukanis dá conta do mecanismo de funcionamento do direito no processo do capital” (KASHIURA JÚNIOR e NAVES, 2011, p. 6). Em outras palavras, a forma jurídica – momento máximo em que culmina a crítica marxista ao direito, e na qual chegaremos mais adiante – resulta da articulação de categorias mais simples. Pachukanis, encontrando a unidade mais simples do fenômeno jurídico no *sujeito de direito*, parte desta categoria para realizar a concretização histórica gradual do direito como objeto pensado.

Ativando novamente a inspiração no exercício antropológico que conduz nossa exposição, vejamos uma passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* que podemos ler como um autêntico convite ao estranhamento da noção de sujeito de direito:

A crescente divisão do trabalho, a melhoria nos meios de comunicação e o consecutivo desenvolvimento das trocas fizeram do valor uma categoria econômica, ou seja, a personificação das relações sociais de produção que dominam o indivíduo. Para isso, foi preciso que os atos de troca isolados ocasionais, formassem uma cadeia de circulação ampla e sistemática de mercadorias. Nesse estágio de desenvolvimento, o valor se distingue dos preços ocasionais, perde sua característica de fenômeno psíquico individual e adquire significação econômica. Tais condições reais são necessárias também para que o homem se transforme de um exemplar de zoológico em *persona* jurídica, sujeito de direito individual e abstrato. Essas condições reais consistem no estreitamento dos vínculos sociais e no crescimento do poder da organização social, ou seja, da organização de classe, que atingem seu apogeu no Estado burguês “organizado”. Aqui, a capacidade de ser um sujeito de direito finalmente se destaca da personalidade concreta viva, deixa de ser uma função de sua vontade consciente ativa e se torna pura propriedade social. A capacidade de agir é abstraída de sua capacidade jurídica. O sujeito de direito recebe um duplo de si na forma de um representante, que adquire um significado de ponto matemático, de um centro no qual se concentra certa quantidade de direitos. (PACHUKANIS, 2017a, p. 122).

Pachukanis, nesta passagem, chama a atenção à transição de manifestações fenomênicas (“preço” e “personalidade concreta viva”) para formas essenciais (“valor” e “sujeito de direito”). Qualquer forma social é histórica, e com o sujeito de direito não é diferente. Para compreender tal categoria como forma social, convém que a tornemos de familiar em exótica. Eis um estranhamento fundamental: o ser humano não nasceu sujeito de direito, mas adquiriu historicamente tal qualidade, transformando-se de “um exemplar de zoológico em *persona* jurídica”. Houve, assim, um longo processo pelo qual “a capacidade de ser um sujeito de direito” se destacou “da personalidade viva concreta”, ou seja, pelo qual se formou uma relação social específica.

Torna-se mais concreta, com isso, a historicidade na construção da categoria sujeito de direito. O momento histórico em que se gestaram as condições para o pleno desenvolvimento do capitalismo corresponde aos correlatos processos de expropriação dos meios de produção dos trabalhadores em favor de uma classe minoritária. “O pressuposto para que o sujeito de direito surja é, antes de tudo, a existência de uma grande massa de trabalhadores expropriados

e a concentração dos meios de produção em unidades autônomas e concorrentes” (KASHIURA JÚNIOR, 2014, p. 185). A forma jurídica, paralelamente, encontra aí as condições para o seu desenvolvimento histórico: “a forma jurídica foi gestada no interior do processo de acumulação primitiva, quando o trabalhador direto é despossuído das condições de trabalho e adquire as condições necessárias para a sua inserção na esfera da circulação” (NAVES, 2014, p. 79).

O processo histórico pelo qual esta relação se torna regular corresponde, portanto, ao emprego da violência física brutal que, ao longo dos séculos, dizimou incontáveis povos, seja pela escravidão ou pela aniquilação física direta, e expropriou – progressivamente – a maior parte da população mundial dos meios de produção, não lhe deixando outra alternativa para a sobrevivência senão a venda diária da força de trabalho e a subsunção ao capital. Conforme detalha Marx no vigésimo quarto capítulo d’*O Capital*, a acumulação primitiva caracteriza esta espoliação como condição ao desenvolvimento do modo de produção capitalista. Com isso, a separação entre produtor e meios de produção lança as bases para o desenvolvimento da forma jurídica (PAZELLO, 2016b).

Paralelamente, condições reais, como a crescente divisão do trabalho e o desenvolvimento dos meios de comunicação, resultando no estreitamento dos vínculos sociais e no desenvolvimento da organização estatal, culminaram no momento histórico em que “a capacidade de ser um sujeito de direito finalmente se destaca da personalidade viva concreta” (PACHUKANIS, 2017a, p. 122). Assim, as massas expropriadas de trabalhadores, como compensação, recebem um presente, não apenas “raro”, como nos diz Pachukanis,¹⁸ mas em verdade duplo: a capacidade de ser juridicamente livre para possuir mercadorias e, como desdobramento desta raridade, outra não menos mágica, a capacidade de ser juridicamente sujeito para titularizar direitos.

No plano da reconstrução do concreto no pensamento, a categoria *sujeito de direito* é o resultado da abstração destas capacidades. O sujeito de direito torna-se a forma social pela qual os guardiões das mercadorias se reconhecem como tal e realizam o processo de troca,

¹⁸ “Ao cair na dependência escrava das relações econômicas que se impõem, a suas costas, na forma das leis do valor, o sujeito econômico, já na qualidade de sujeito de direito, recebe como recompensa um raro presente: uma vontade presumida juridicamente que faz dele um possuidor de mercadorias tão absolutamente livre e igual perante os demais quanto ele mesmo o é.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 121).

que, em última instância, é etapa do processo de realização do valor. Aqui encontramos o que Pachukanis indica pela correspondência entre os tecidos jurídico e econômico: “[o] sujeito como titular e destinatário de todas as pretensões possíveis e a cadeia de sujeitos ligados por pretensões recíprocas são o tecido jurídico fundamental que corresponde ao tecido econômico, ou seja, às relações de produção da sociedade” (PACHUKANIS, 2017a, p. 109).

A partir disso, podemos conceber a subjetividade jurídica como a realização do capitalismo (KASHIURA JÚNIOR, 2014) e, mais do que isso, também como a forma que “diferencia o próprio direito das demais relações sociais burguesas” (PAZELLO, 2015, p. 137). A capacidade de titularizar uma mercadoria, pela qual o sujeito a ela se opõe e pode trocá-la por outras equivalentes, encontra sua completa realização jurídica e econômica na capacidade de titularizar e ser destinatário de “de todas as pretensões possíveis”.

A crítica marxista ao direito, com isso, afirma que foram determinadas forças reais que tornaram o ser humano de unidade biológica em sujeito de direito, e que é a partir desta noção que se entrelaça o tecido jurídico moderno. E aqui chegamos a uma chave fundamental para a compreensão não simplificada ou redutiva do pensamento pachukaniano. O fato de o sujeito do direito, átomo da teoria jurídica, ser encontrado no processo de troca, não significa que tudo que há para ser conhecido sobre o fenômeno jurídico se exaure neste momento específico. A história do capitalismo reservou ao desenvolvimento da forma jurídica uma complexidade que, sob o critério da totalidade, exige o esforço de articularmos mediações a partir destas primeiras apreensões.

É assim que passamos a visualizar o sujeito de direito não apenas isolado em seu aspecto atômico, mas simultaneamente em seu movimento no tecido jurídico-econômico. A sociedade capitalista, afinal, “se apresenta como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 97). Ora, uma vez que, no capitalismo, a troca de mercadorias tende a se universalizar para todas as esferas da vida, as relações jurídicas correspondentes se encadeiam simultaneamente unindo os sujeitos de direito em suas pontas. Não se quer dizer com isso que a troca não existisse como prática em outros momentos históricos. Mas é no capitalismo que ela se generaliza como modo de produção da vida, não por um movimento meramente voluntarista, mas sim porque esta é uma condição da realização cíclica do processo de valorização, cuja tendência, em termos globais, é se expandir a todos os domínios da vida.

É neste olhar panorâmico que começamos a encontrar a forma jurídica: “[o] encontro de dois proprietários para a troca de suas mercadorias é, independentemente de qualquer exterioridade, uma relação jurídica: a forma deste encontro de proprietários é a forma do direito” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 71-72). Ou seja, a prática da troca de mercadorias como forma social é a origem histórica da forma jurídica, tema ao qual retornaremos mais adiante.

Por ora nos interessa observar que, no movimento contínuo desta cadeia, acaba ocorrendo uma inversão fundamental. Assim como a relação de valor das mercadorias aparece como “totalidade de relações reificadas”, *a capacidade de ser sujeito de direito aparece como “totalidade de relações em oposição a uma coisa”* (PAZELLO, 2015, p. 136). Eis o fundamento do que se pode denominar *fetichismo jurídico*: “a capacidade abstrata de qualquer um de vir a ser portador de direitos de propriedade torna difícil para o pensamento burguês ver algo além de sujeitos de direito” (ARTHUR, 2017, p. 30).

Isso permite que, potencialmente, a forma sujeito de direito se generalize a todas as situações em que exista a oposição do ser humano a uma coisa qualquer, já não mais apenas a mercadoria. A formulação do assim chamado “direito à vida”, por exemplo, apenas é possível a partir da oposição artificial do ser humano consigo mesmo. A revolução de 1789, no berço da sociedade tipicamente capitalista, já era a expressão política desta oposição: “[a]s reivindicações políticas trouxeram consigo a utilização do termo direito, embora a palavra desejo ou possibilidade tivesse sido mais justa” (MIAILLE, 2005, p. 149). Não é motivo de surpresa, neste sentido, que hoje alguém escreva um livro sobre “o direito a uma morte digna” ou defenda “o direito das árvores e florestas” – mesmo, neste último caso, estando ausente o ser humano diretamente. A familiaridade com a forma sujeito de direito, destacada da realidade concreta que a origina, torna-se campo fértil para os mais engenhosos tipos de releitura da *fictio iuris*¹⁹ original encontrada na troca de mercadorias.

Para ficar só com estas situações, entre tantas outras semelhantes, podemos perceber certa *familiarização que a forma sujeito de direito assume na sociedade capitalista*, ou seja, o fetichismo de uma forma social exótica, específica, absurda e com origem histórica

¹⁹ Expressão utilizada por Marx em “Na sociedade burguesa, predomina a *fictio juris* [ficção jurídica] de que todo homem possui, como comprador de mercadorias, um conhecimento enciclopédico sobre elas” (MARX, 2017, p. 114, nota 5).

determinada a relações sociais indiferenciadas e que apenas artificialmente aparecem como jurídicas: “a diversidade concreta de relações do homem [ser humano] com as coisas surge como uma vontade abstrata do proprietário” (PACHUKANIS, 2017a, p. 121).

Em parte, este fetichismo explica porque o direito, assim como o valor, se define como algo “enigmático” e costuma aparecer a nós como se fosse dotado de “propriedades místicas”.²⁰ Torna-se difícil apreender com precisão o que é direito quando temos a falsa sensação de que somos *naturalmente* sujeitos de direito e nos acostumamos a pensar o mundo vestidos desta fantasia. Na contracorrente, compreender a historicidade da forma sujeito de direito, estranhando-a, é o primeiro passo para desmistificar o fenômeno jurídico, isto é, desvendar o seu movimento real como produto histórico da prática humana.

1.2.3 Relação jurídica, forma jurídica, autonomia relativa e adeontologicidade

Sobre a relação que se estabelece entre os sujeitos de direito, Pachukanis afirma que “a relação jurídica é a célula central do tecido jurídico, e apenas nela o direito se realiza em seu real movimento” (PACHUKANIS, 2017a, p. 97). A busca pela especificidade do direito, por aquilo que o diferencia das demais relações sociais, culmina aqui em um momento central. Se o direito, sendo relação social como o capital, não pode ser observado com o auxílio de microscópio e reagentes químicos, por outro lado os seus conceitos gerais constituem, como na economia política, um conjunto de abstrações a partir do qual se torna possível a sua reconstrução teórica.²¹

O sujeito de direito é uma abstração fundamental para a crítica marxista ao direito. Contudo, por si só, não diz o essencial. É quando os sujeitos de direito se movimentam como tal, ou seja, nas relações de troca que estabelecem entre si, que se começa a revelar o segredo do direito, constituindo o momento em que a teoria marxista se torna apta a delimitar a especificidade do jurídico frente às demais relações sociais.

²⁰ “O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico. [...] Ao lado da propriedade mística do valor aparece algo não menos enigmático: o direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 124).

²¹ Pachukanis volta-se à investigação do direito “como uma relação social naquele mesmo sentido que Marx usou ao chamar o capital de relação social”. A questão, mais especificamente, coloca-se assumindo que, na investigação do capital, “os conceitos gerais da economia política são não apenas elementos da ideologia, mas um gênero de abstrações a partir do qual podemos cientificamente, ou seja, teoricamente, reconstruir a realidade” (PACHUKANIS, 2017a, p. 88).

Assim como não é possível que uma mercadoria se troque consigo mesma, a pretensão jurídica realiza-se apenas na formação de uma relação entre sujeitos de direito, ou seja, na formação de uma *relação jurídica*. É o *ato de troca*, nos diz o autor de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, “o momento mais essencial tanto da economia política quanto do direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 127).

Em outras palavras, sob este ponto de vista não existe sentido na titularização de um direito que não se refira a uma obrigação de outrem. O direito, como a mercadoria, é relacional: não existe para seu titular como valor de uso imediato.²² Em concreto, percebemos que é “quando uma troca se realiza entre pessoas individualizáveis que se pode estabelecer a gênese lógica do direito” (PAZELLO, 2014, p. 149).

A regularidade das relações de troca entre sujeitos de direito e a correlata “cadeia ininterrupta de relações jurídicas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 97) engendra uma forma social específica: a forma jurídica. Esta forma é o resultado histórico das relações de troca de mercadorias no modo de produção capitalista. A relação jurídica “externaliza-se como oposição coisa-sujeito” (PAZELLO, 2014, p. 281). A categoria forma jurídica, por sua vez, representa a *autonomia relativa* que esta oposição adquire como produto abstrato da regularidade das relações de troca de mercadoria entre sujeitos de direito, o momento originário da especificidade do jurídico. Nas palavras do autor de *Crítica da Igualdade Jurídica*, “a forma do direito é, portanto, forma abstraída da relação de troca” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 72).

É com a generalização do momento mercantil, em que o ser humano é reconhecido genérica e relacionalmente como sujeito de direito, que o direito passa a existir em sua forma historicamente mais desenvolvida, ou seja, de forma distinta em relação aos fenômenos adjacentes da esfera da moral e da religião. A forma jurídica, portanto, desenvolve-se de modo completo em paralelo ao desenvolvimento da forma mercadoria e da forma valor. Com Marx e Pachukanis, o direito em seu movimento real é encontrado não em qualquer relação social, mas apenas naquelas realizadas sob esta forma específica, a forma jurídica. Assim se pode afirmar

²² “O possuidor de mercadorias se distingue de sua própria mercadoria pela circunstância de que, para ela, o corpo de qualquer outra mercadoria conta apenas como forma de manifestação de seu próprio valor. [...] Sua mercadoria não tem, para ele, nenhum valor de uso imediato.” (MARX, 2017, p. 159).

que “a explicação do direito reside [...] em sua forma” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 71), ou melhor, se completa em sua forma.

É neste sentido que Pachukanis se posiciona em relação à questão do aspecto jurídico da propriedade. Em polêmica com Isaac Petrovich Razumovski²³ – autor que parece ter dirigido duras críticas a Pachukanis no livro *Problemas da Teoria Marxista do Direito*, de 1925 – Pachukanis traz na segunda edição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* a seguinte análise: “a propriedade se torna fundamental para o desenvolvimento da forma jurídica somente enquanto livre disposição no mercado, e a expressão mais geral dessa liberdade é desempenhada pela categoria de sujeito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 118). Em outras palavras, Pachukanis afirma que a propriedade constitui um fato que não se confunde com a forma jurídica, mas a precede historicamente e apenas se torna fundamental para o seu desenvolvimento a partir do encontro com o fenômeno da subjetividade jurídica.

Temos com isso que, para explicar o direito em seu movimento real, é preciso observar a forma jurídica em seu momento mais diferenciado e, ao mesmo tempo, buscar por meio da análise histórica como as relações jurídicas, em sua regularidade, resultaram nesta *forma social específica*. É esta a construção categorial que “permite dar conta do conjunto das manifestações do direito” (NAVES, 2008, p. 78). Em outras palavras, o direito em seu movimento real é encontrado não apenas na relação jurídica em sua expressão mais pura e simples, mas justamente na forma historicamente abstraída da prática social, na forma cujo próprio desenvolvimento acaba revelando o seu condicionamento por elementos historicamente precedentes.

É a assimilação desta forma, da “forma subjetiva da relação de troca”, que confere juridicidade às demais relações: “as relações sociais que possuem conteúdos outros que não o intercâmbio de mercadorias podem assumir a forma jurídica na medida em que se constituem como relações entre sujeitos de direito” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 72). É a isso que nos referimos ao dizer que a forma jurídica adquire *autonomia relativa* em oposição à relação de troca da qual se origina. Pachukanis tangencia a noção de autonomização ao afirmar que, no

²³ Sobre Razumovski, pouco se sabe além de ter publicado uma série de artigos sobre o direito na revista *Sob a Bandeira do Marxismo* e, principalmente, o curso soviético *Teoria do Materialismo Histórico*, em 1928, este último citado, por exemplo, na epígrafe de um ensaio do cineasta Sergei Eisenstein (EISENSTEIN, 2002, p. 49).

direito penal, “o momento jurídico, antes de tudo e mais claramente, destaca-se dos costumes e adquire completa autonomia” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166).²⁴ As possíveis manifestações do direito, com isso, não se restringem estritamente às relações de troca.

Ainda neste item, é importante realizarmos uma separação fundamental entre concepções distintas do fenômeno jurídico. Uma das características da teoria marxista do direito consiste em afastar a visão mais difundida entre os juristas, representada sobretudo pela escola normativa de matriz kelseniana, de que o *direito é norma* ou, mais precisamente, de que a relação jurídica é gerada pela norma jurídica. De acordo com esta visão, o direito se situa no plano deôntico, ou seja, no plano estrutural do dever-ser, posição rechaçada pela crítica marxista.

Aí existem, é certo, profundas e complexas relações que merecem atenção. Não significa, evidentemente, negar a existência das normas jurídicas e da força real que elas exercem na organização de relações sociais. Contudo, é preciso compreender que, sob o ponto de vista da crítica marxista, “o direito como um fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma nem na regra, seja ela escrita ou não” (PACHUKANIS, 2017a, p. 99). A existência objetiva do direito é encontrada nas relações sociais, que prevalecem materialmente sobre a norma formal.

As perspectivas normativistas do fenômeno jurídico – hegemônicas nos cursos de direito e comuns ao jurista prático – formulam as noções de sujeito e relação jurídica a partir da norma objetiva. Ou seja, tomam aparições fenomênicas como se estas encerrassem em si toda a realidade, estancando o acesso ao movimento real do direito. Assim, tais formulações constituem confusões que – assim como a determinação aparente do valor pelo mecanismo de oferta e procura – precisam ser desfeitas pela crítica.²⁵

²⁴ Em sentido próximo, de acordo com a leitura de Felipe Heringer Roxo da Motta sobre esta mesma passagem: “O momento processual é aquele em que sujeitos de direito (protagonistas de uma relação econômica) tornam-se partes (protagonistas de uma relação processual) e essa relação tem o mais alto grau de autonomia jurídica. Por isso, denominaremos essa relação jurídica processual relação jurídica em sentido estrito (ou, preferivelmente, relação jurídica autonomizada)” (MOTTA, 2015, p. 61).

²⁵ Com maior propriedade, Pachukanis expõe a questão do seguinte modo: “[...] podem objetar que, caso se abstraia da norma objetiva, os próprios conceitos de relação jurídica e de sujeito ficam no ar e não encontram nenhuma definição geral. Essa objeção é uma profunda manifestação do espírito prático e empírico da jurisprudência moderna, que conhece muito bem apenas uma verdade, a saber: qualquer ação será perdida se uma das partes não puder se apoiar no parágrafo de alguma lei correspondente. Contudo, teoricamente, essa convicção de que o sujeito e a relação jurídica não existem fora da norma objetiva é tão errônea quanto a

Pachukanis coloca a questão na forma que encontramos na seguinte citação:

A norma como tal, ou seja, o conteúdo lógico, ou deriva diretamente de uma relação já existente ou, se é dada na forma de uma lei do Estado, representa apenas um sintoma por meio do qual é possível prever com certa probabilidade o surgimento em um futuro próximo das relações correspondentes. (PACHUKANIS, 2017a, p. 98-99).

É a relação de troca a relação em função da qual os seres humanos se tornam sujeitos de direito, categoria que corresponde aos *átomos da teoria jurídica*. Aí podemos encontrar o movimento real do direito. A norma, por sua vez, é algo juridicamente morto: ou forma objetivada de uma prática jurídica prévia (“relação já existente”) ou, no caso da forma legislativa estatal, criação humana artificial aguardando a vida jurídica que apenas o surgimento das “relações correspondentes” pode confirmar. Podemos, em síntese, dizer que “a questão normativa é consequência” (PAZELLO, 2015, p. 137).

Explorando um pouco mais a imagem didática da oposição entre “direito vivo” e “direito morto”, podemos dizer que o que dá “vida” ao direito são os encontros e as ligações estabelecidas entre estes átomos. A norma jurídica, por sua vez, só pode ser “direito morto”. A forma normativa é “o fruto tardio, consolidação posterior, da forma que a própria troca estabelece” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 70 e p. 74).

No limite, poderíamos imaginar que, estando diante do inexaurível conjunto de normas jurídicas por vezes denominado “ordem jurídica”, lhe dirigíssemos inutilmente a palavra: *por que não falas?* Semelhantemente ao fascínio um dia provocado por Moisés (a obra) em Michelangelo (o artífice), é ilusória a espera de que as normas jurídicas, produtos do artifício humano, criem o direito.

O movimento real do direito apenas pode ser encontrado na prática humana, nas relações sociais. Por mais que às vezes possam parecer prestes a se mexer, as normas jurídicas, como as estátuas, não andam ou dizem nada por si próprias, são a impressão artificial e morta de uma forma específica que, em essência, com ela não se confunde. A norma jurídica – seja a encontrada na legislação estatal, nos contratos ou em decisões judiciais

convicção de que o valor não existe e não é determinado a não ser pela oferta e pela procura, uma vez que, empiricamente, se manifesta apenas na flutuação de preço.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 100-101).

– é sempre aparição fenomênica do direito. E, sendo aparência, pode ser inclusive aparência enganosa quando não surgem as “relações correspondentes”.

Vale dizer: “o direito definido como norma ou regra de conduta não passa de posição teórica que mescla empirismo e formalismo, desvinculando-o da vida concreta” (PAZELLO, 2015, p. 138). Por isso, o normativismo é, em síntese, “inadequado para a investigação e a explicitação da estrutura jurídica concreta e, em particular, para a análise da forma jurídica e suas definições mais gerais” (PACHUKANIS, 2017a, p. 104). Com Marx e Pachukanis, o movimento real do direito não é encontrado na norma, mas sim na prática social das *relações jurídicas* ou, um passo adiante, na *forma pela qual os sujeitos de direito se relacionam*.

Mais uma vez, reforça-se que é o sujeito de direito a categoria mais simples, com a qual se inicia a compreensão material do fenômeno jurídico. É do ser humano que produz em sociedade que, assim como parte a teoria econômica, “deve partir a teoria geral do direito, já que ela lida com definições fundamentais” (PACHUKANIS, 2017a, p. 103). A relação jurídica, por sua vez, corresponde ao momento em que os indivíduos isolados, “reduzidos a uma mesma unidade comum de medida em decorrência de sua subordinação real ao capital” (NAVES, 2014, p. 87), se encontram e se reconhecem reciprocamente como sujeitos de direito equivalentes. Sendo a norma apenas a aparição fenomênica do direito, e a relação jurídica o seu movimento real, situamos o momento jurídico não na esfera do dever-ser, mas sim na esfera do ser das relações sociais. É a isso que se refere o *caráter adeontológico* do direito, como já nos referimos anteriormente.

Da análise que empreendemos neste item podemos destacar três pontos: (i) o caráter relacional do direito; (ii) a noção de forma jurídica como abstração da relação de troca que adquire certa autonomia; e (iii) a concepção de que norma é aparição fenomênica do direito, reafirmando-se o direito como fenômeno essencialmente adeontológico. Vejamos o que cada um destes pontos nos sugere para o desenrolar da exposição.

Em primeiro lugar, dizer que o fenômeno jurídico é relacional significa, mais precisamente, afirmar que “o direito, em Marx, é uma relação social, com sua especificidade como relação jurídica, que garante a circulação de mercadorias equivalentes por intermédio de proprietários iguais entre si” (PAZELLO, 2014, p. 210). O movimento real do direito é apreendido pela crítica marxista a partir da oposição entre sujeito e coisas e, mais do que isso, na movimentação destas coisas na “cadeia ininterrupta de relações jurídicas” de que fala

Pachukanis. Esta compreensão será fundamental para a investigação da violação do direito também como um fenômeno social objetivo.

Em segundo lugar, vimos que a regularidade da relação de troca entre sujeitos de direito produz a abstração de uma forma social específica: a forma jurídica. O processo de autonomização que caracteriza esta forma, eis que abstrata, permite que a juridicidade conforme relações sociais entre sujeitos de direito para além das relações de troca de mercadorias. Esta compreensão é importante para que não tenhamos uma visão redutiva do que é o direito na crítica marxista e, assim, possamos avançar em direção à compreensão das implicações das dimensões particulares do direito na totalidade do modo de produção capitalista.

Por último, apresentamos a concepção de que não é na norma jurídica que se encontra o movimento real do direito, sendo esta apenas um momento de aparição fenomênica do jurídico. Em essência, o direito é adeontológico, sendo materialmente alheio ao dever-ser formalizado nas normas jurídicas. Para a explicação do fenômeno da violação do direito, a partir desta premissa, torna-se insuficiente a articulação silogística dos conceitos de norma, ilícito e sanção. É necessário captar a violação do direito como fenômeno objetivo. E, neste sentido, o seu movimento real não se encontra no dever-ser violado, mas sim no conjunto de relações sociais do ser animadas por fatos de violação. É em direção a estas relações sociais que buscaremos seguir o desenvolvimento da exposição.

1.2.4 Equivalência: da forma primitiva à forma contratual

Para compreendermos a violação do direito, é necessário compreendermos que a forma jurídica opera sob a lógica da equivalência. O direito manifesta-se como “momento subjetivo da troca de equivalentes” (NAVES, 2014, p. 104). A forma do direito, por sua vez, é determinada não apenas pelo vínculo voluntário entre *sujeitos de direito equivalentes*, mas também pela necessidade de que “suas vontades sejam equivalentes” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 72). A relação jurídica é, assim, uma relação de *dupla equivalência*: é aquela em que sujeitos de direito equivalentes trocam, por meio de um ato de vontade comum a ambos, mercadorias equivalentes. Trata-se, em síntese, de um momento de “sofisticação de análise, em que a equivalência adquire a centralidade por ser ela a base mediadora entre os pólos da relação jurídica” (PAZELLO, 2014, p. 288).

No prefácio à segunda edição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Pachukanis afirma que o desenvolvimento da forma jurídica atinge seu momento mais alto na sociedade capitalista burguesa, na qual “o sujeito de direito aparece em sua forma acabada, como um complemento indispensável e inevitável da mercadoria”. Este é um dos pontos de que já tratamos. O que nos interessa agora é que, na mesma passagem, Pachukanis também destaca que, historicamente, a forma embrionária deste desenvolvimento foi engendrada pela “troca de equivalentes na forma de retaliação e reparação do dano causado” (PACHUKANIS, 2017a, p. 62-63).

Veremos, assim, que o desenvolvimento da forma da equivalência jurídica, historicamente vinculada à relação entre dano e reparação, é fundamental para o desenvolvimento da forma jurídica, com ele se confundido. No plano mercantil, a troca de equivalentes e a mercadoria desenvolvem-se a partir de formas embrionárias presentes em momentos históricos antecedentes ao modo de produção capitalista. A forma jurídica segue um caminho sobreposto a este desenvolvimento. Antes de completamente desenvolvida a sua forma específica – o que apenas se nota na sociedade capitalista –, o momento jurídico não se diferenciava de outros momentos da experiência humana, como o político, o religioso e o moral.

Aqui um comentário: não se deve entender este condicionamento como uma precedência linear e cronológica. Trata-se, nas palavras de Márcio Bilharinho Naves, de compreender que “só se constituem as formas jurídicas necessárias ao surgimento das relações de produção capitalistas porque as categorias do direito já existem na esfera da circulação pré-burguesa”. É isso que explica a presença de noções pré-capitalistas de direito na prática jurídica. O “direito romano”, por exemplo, apenas foi recepcionado “pela sociedade burguesa, após um longo trabalho de ‘retificação’ de seus conceitos” (NAVES, 2008, p. 78).

Alegoricamente, a sucessão de um modo de produção a outro na história mais se assemelha ao desenrolar de um livro em capítulos – não por sua linearidade, mas sim pela interpenetração deles entre si –, do que a uma coletânea de contos ou crônicas autônomas. Ou melhor, recorrendo à sensível imagem do *Anjo da História*, trata-se de um amontoado de “ruína sobre ruína” que, elevando-se “até o céu”, nos aparece como “uma cadeia de acontecimentos” (BENJAMIN, 1987, p. 226).

Vale dizer, não é possível desvendar as ligações entre os momentos históricos senão a partir do presente, ou seja, da experiência real situada em determinado instante, em

determinado cume transitório desta montanha de ruínas que não cessa de crescer. Assim como um capítulo literário é necessariamente o desenrolar dos elementos já contidos no anterior, estas ruínas somam-se a outras ruínas, formando o amontoado caoticamente unitário do qual parte a investigação histórica. O critério da construção de aproximações sucessivas ao real, neste sentido, é a totalidade que envolve o fenômeno pesquisado, é a investigação do livro como um todo, e não do isolamento arbitrário de suas etapas historicamente entrelaçadas entre si.

No que se refere ao desenvolvimento da forma jurídica, sem cair nas possíveis simplificações etapistas da investigação histórica, é justamente a existência real de elementos jurídicos em estágio embrionário, ou seja, pouco diferenciados de esferas adjacentes, que serviram de condições materiais para que a troca de mercadorias tipicamente capitalista se realizasse plenamente. Não se trata, porém, de um mero processo de juntar as peças em ordem cronológica. O método consiste em compreender que é a forma mais desenvolvida que joga luz nas formas não diferenciadas, e não contrário.

Em síntese, a forma jurídica não é o resultado do encaixe dos elementos jurídicos menos desenvolvidos encontrados em outros momentos históricos, eis que é apenas o grau de diferenciação que ela atinge no capitalismo que permite enxergarmos uma dimensão jurídica, ainda que pouco diferenciada, nas categorias do direito pré-capitalistas. É dizer: “podemos alcançar uma determinação clara e conclusiva apenas se tomarmos como base a análise da forma do direito completamente desenvolvida, que oferece uma interpretação tanto das formas que lhe precederam quanto de sua forma embrionária” (PACHUKANIS, 2017a, p. 86).

No caso da equivalência, Pachukanis examina o remoto desenrolar histórico do costume da relação entre dano e reparação a partir dos estudos histórico-etnográficos de Maksim Kovaliévski.²⁶ A vingança, observada em épocas mais antigas da história da formação russa, já como prática humana dotada de certa regularidade, ainda não se encerrava em si, mas realimentava sucessivos conflitos entre indivíduos e famílias. “A ofensa, ainda que resolvida por vingança, servia de base para uma nova vingança. O ofendido e seus parentes

²⁶ O historiador russo é conhecido por ter o seu livro *Propriedade Comunal (Obshchinnoe Zemlevladienie)* lido e comentado por Marx em 1879 (cf. MARX, 2015; GARCÍA LINERA, 2015).

tornavam-se ofensores, e assim seguia de uma geração a outra, muito frequentemente até o total extermínio das famílias rivais” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167).

Já com o aparecimento das formas primitivas do dinheiro e da troca de equivalentes, resultando no fortalecimento da noção de “resgate mediante pagamento” a vingança encontra nos costumes modos de regulação distintos. A lei de talião, “olho por olho e dente por dente”, é expressão – talvez a mais emblemática – da forma pela qual historicamente a vingança assumiu a forma da *retaliação*, isto é, de uma relação decorrente da ofensa medida pela mesma extensão que o dano causado. Paralelamente ao desenvolvimento embrionário do comércio e da forma mercadoria na *polis* grega antiga, a equivalência já aparece mais definida na obra de Aristóteles sob as ideias de “igualação na troca como um tipo de justiça” e de “pena equivalente” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167-8). Evidentemente, porém, não se tratava ainda da forma jurídica diferenciada e, para além de uma restrita proporção populacional, generalizada como no caso do período histórico posterior ao desenvolvimento do capitalismo industrial.

A relação entre ofensa e vingança ou autodefesa, lentamente, torna-se relação entre dano e reparação. Neste processo histórico, fica evidente a presença simultânea de formas adjacentes e transitivas em relação ao fenômeno jurídico, como as próprias das esferas da moral, da religião e das atividades fiscais do Estado. As formas embrionárias, porém, tornam-se cada vez mais diferenciadas, adquirindo, como resultado da prática social, contornos capazes de delimitar as especificidades do momento jurídico e, com isso, de diferenciá-lo dos momentos religioso e moral.

Com o florescimento do mercantilismo e o impulso na esfera da circulação, aparece o contrato como a forma pela qual as relações de dívida começam a se regular. Paralelamente, aparece a ordem coercitiva do Estado, uma “terceira força” que garante relativamente as relações de troca (PACHUKANIS, 2017a, p. 100). A frieza de *Shylock*²⁷ torna-se o modelo impessoal da equivalência pelo qual o credor, buscando a satisfação dos seus créditos, pode agora deslocar o conflito para o tribunal, tornando-se então apto a dizer ao devedor: “quero

²⁷ Referência à personagem de William Shakespeare na peça teatral *O Mercador de Veneza*. Trata-se de um agiota situado na cidade de Veneza, Itália, no século XIV. Shylock celebra um contrato de empréstimo com o mercador Antônio, estabelecendo que, se este não adimplisse o pagamento, deveria lhe entregar uma libra de sua própria carne. O enredo, com as ricas nuances dramáticas próprias da obra shakespeariana, se desenvolve a partir da execução da dívida buscada por Shylock.

que sejam cumpridas as condições do contrato, e não quero ouvir-te; logo, não me digas mais nada” (SHAKESPEARE, 2009, p. 76).

Com o capitalismo industrial e a concorrência entre unidades de produção, a dívida torna-se cada vez mais impessoal; o seu perdão, cada vez mais improvável; a sua execução, enfim, um imperativo completo. *Shylock* é agora a expressão do capital que busca a autovalorização no processo de troca de mercadorias – fundamentalmente, na circulação e exploração da mercadoria força de trabalho.

O que permite que o desenvolvimento pleno das formas embrionárias ocorra é a configuração mundial do mercado permanente, o desenvolvimento da universalidade da forma mercadoria e, com ela, o condicionamento da relação entre sujeitos de direito pela forma da equivalência. Aliás, em síntese, para a crítica marxista a ideia jurídica não é outra coisa senão a ideia da troca de equivalentes, como podemos notar nesta passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*:

Na verdade, a ideia jurídica, ou seja, a ideia de equivalência, torna-se completamente clara e se realiza de modo objetivo apenas naquele estágio de desenvolvimento econômico em que a forma da equivalência se torna regular como critério da paridade da troca, ou seja, em nenhum caso no mundo animal, mas na sociedade humana (PACHUKANIS, 2017a, p. 168).

Em seu aspecto mercantil, a forma da equivalência é, em síntese, a forma social que caracteriza o valor pelo qual as mercadorias se trocam, ou seja, o valor de troca. Para Pachukanis, “Marx revela a condição fundamental, enraizada na própria economia, da existência da forma jurídica, que é justamente a igualação de dispêndios do trabalho segundo o princípio da troca de equivalentes” (PACHUKANIS, 2017a, p. 80).

Se no plano da troca mercantil as propriedades úteis das mercadorias reduzem-se a um valor para que sejam trocadas, no plano das relações jurídicas as pretensões dos sujeitos devem se reduzir a “um ato de vontade comum a ambos” para que esta troca seja realizada, para retomar a já citada passagem do segundo capítulo d’*O Capital*. As pretensões devem, portanto, ser intercambiáveis, equivalentes entre si.

Caso contrário, a própria noção originária de sujeito como portador imutável de direitos e obrigações perde o sentido. De que valeria a capacidade abstrata de possuir direitos se não fosse possível dar-lhes “efetividade”, ou seja, movimento real? A oposição entre sujeito e coisas se completa apenas na movimentação destas coisas na *cadeia ininterrupta de*

relações jurídicas de que fala Pachukanis. A noção de “ter direitos” é na realidade a capacidade de poder trocá-los por equivalências. Ou, nas palavras de Marx em *Crítica do Programa de Gotha*, “o direito, por sua natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida” (MARX, 2012, p. 32).

No estágio mais desenvolvido da economia mercantil, assim, “a capacidade geral de possuir direitos se separa das pretensões jurídicas concretas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 125). As dívidas tornam-se pagáveis mediante uma operação de troca que libera o devedor. As ofensas tornam-se reparáveis por meio de indenizações compensatórias. O pagamento monetário, e não mais o perdão, passa a ser a forma predominante de liberação. Eis onde Pachukanis localiza *o nascimento da forma jurídica abstrata*. Ou seja, a forma jurídica em sua forma mais desenvolvida não apenas opõe sujeito e coisa, como também qualifica esta coisa como algo específico, como uma pretensão jurídica.

A relação entre dano e reparação é agora a relação entre sujeitos titulares da capacidade geral de possuir direitos. O dano, por sua vez, já não é mais a ofensa contra o indivíduo em si, mas contra os direitos que este, enquanto sujeito de direitos, abstratamente possui. Por fim, a vingança “se torna uma instituição jurídica na medida em que opera em uma relação com a forma da troca de equivalentes a troca baseada no valor”. Com isso, com a superação tendencial da vingança pela reparação, passamos do momento embrionário para o jurídico, caracterizado pela forma da relação intersubjetiva equivalente: “[...] a luta nua pela existência adquire forma jurídica com a introdução do princípio da equivalência” (PACHUKANIS, 2017a, p. 169 e 173).

O contrato, histórica e concretamente, é a forma pela qual as vontades entre os sujeitos se encontram e equiparam. O contrato é *o ato de vontade comum a ambos* referido por Marx no já citado trecho inicial do segundo capítulo d’*O Capital*, ou seja, é a expressão material da equivalência entre vontades. Vejamo-lo novamente: “essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, na qual se reflete a relação econômica” (MARX, 2017a, p. 159). É por isso que, como Pachukanis afirma categoricamente, o contrato é “um dos conceitos centrais do direito” e “parte constitutiva da ideia de direito”. É no contrato, prossegue o autor, que sujeito e vontade deixam de ser abstrações sem vida e “recebem seu movimento autêntico” (PACHUKANIS, 2017a, p. 127).

O contrato é, assim, a forma pela qual os sujeitos de direito materializam a dupla equivalência jurídica: *entre si*, como contratantes livres e iguais, e *entre suas vontades*,

completando a troca de mercadorias de igual valor. É pelo contrato, como ficção jurídica (*fictio juris*), que se viabiliza a troca desigual de força de trabalho por salário: “[o] trabalhador assalariado surge no mercado como um livre vendedor de sua força de trabalho porque a relação capitalista de exploração é mediada pela forma jurídica do contrato” (PACHUKANIS, 2017a, p. 118). A dívida, por sua vez, adquire um sentido jurídico pleno justamente na expressão contratual. Habilita-se o devedor a conhecer exatamente a extensão do que deve. Forma-se uma relação jurídica a qual, com o pagamento, projeta-se um ponto final medido pela equivalência. O contrato, por isso, materializando a equivalência, figura como “o modelo fundamental de todas as relações jurídicas” (KASHIURA JÚNIOR, 2014, p. 176).

Não à toa, o verbo *quitar* costuma indicar o adimplemento recíproco de obrigações jurídicas, enquanto a expressão *estar quite* indica um estado de *empate*, ou seja, de *equivalência*. A resolução do contrato se opera pelo reconhecimento recíproco de que os contratantes chegaram a um estado de equilíbrio, de satisfação de vontades equivalentes, de “zeramento” ou empate da relação. É um retorno à plena liberdade de contratar, princípio que fundamenta a mobilidade das mercadorias sob o modo de produção capitalista.

É necessário observar que a forma da equivalência se desenvolve a partir da esfera da circulação capitalista. A desigualdade nas trocas é constitutiva do modo de produção capitalista, uma vez que a valorização do valor depende da exploração de uma quantidade de trabalho não pago (MARX, 2017a). Em termos geopolíticos, por sua vez, as trocas desiguais entre nações são responsáveis historicamente pelas condições genéticas do desenvolvimento capitalista (MARINI, 2011). A desigualdade das trocas como pressuposto da produção, porém, não falsifica a equivalência. Como se trata de planos que constituem na verdade um sistema mundial unitário, é justamente esta desigualdade que pressupõe a equivalência no plano da circulação como uma *forma necessária* ao fechamento lógico do modo de produção capitalista.

Há uma célebre passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, reiteradamente citada por comentadores, em que Pachukanis afirma o seguinte: “O vínculo social da produção – apresenta-se, simultaneamente, sob duas formas absurdas: como valor de mercadoria e como capacidade do homem [ser humano] de ser sujeito de direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 121). Aqui podemos dizer que não menos absurda é a forma da equivalência, pela qual se igualam as participações dos sujeitos em uma relação jurídica. O próprio soviético o afirma em outro momento: “[a] forma absurda da equivalência” surge “a

partir das relações materiais da sociedade de produção mercantil que dela se alimenta” (PACHUKANIS, 2017a, p. 178)

Como já o dissemos, para Ricardo Pazello a equivalência “adquire a centralidade por ser ela a base mediadora entre os pólos da relação jurídica” (PAZELLO, 2014, p. 288). Esta centralidade da equivalência, prossegue o autor, possibilita o desenvolvimento de formas análogas à forma essencial do direito, como o princípio jurídico ambiental do poluidor-pagador, a patrimonialização dos danos morais, dentre outros.

Para retomar uma das imagens retratadas na introdução, torna-se possível dizer que é a centralidade da equivalência a base explicativa não apenas para a mercantilização da força de trabalho, mas também para a própria monetização da vida e o correspondente cálculo de riscos presentes no planejamento empresarial observado no caso do modelo *Ford Pinto*. Tudo que é jurídico se torna mensurável, como exige qualquer troca de mercadorias. O momento jurídico culmina em seu momento mais desnudado com a mensurabilidade monetária que caracteriza a equivalência de pretensões, isto é, a articulação entre a forma jurídica e a sua expressão pelo dinheiro, equivalente universal da troca de mercadorias.

Das formas embrionárias à forma jurídica desenvolvida, as figuras da vítima e do dano permanecem subsistindo como uma sombra que dá sentido à exigibilidade da pretensão equivalente pelo sujeito de direito. Nesta construção, a sanção estabelecida pela norma jurídica revela-se como expressão da medida da reparação. A norma jurídica, com isso, revela-se não como *dever-ser*, mas exatamente como *medida de equivalência*.

Já apontou neste sentido Celso Kashiura Júnior ao afirmar que “[a] norma é apenas a régua que dita que uma determinada relação social deve ter uma medida *x*, mas esta medida não é dada originariamente como *dever-ser* e sim como *ser* dessas relações” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 77). A norma, ao estabelecer uma sanção pelo inadimplemento, projeta uma *medida* da reparação e permite o equacionamento da relação contratual, ou seja, jurídica. Pagando-se a dívida, libera-se o devedor. Pagando-se a multa, quita-se o contrato. Pagando-se a reparação, quita-se o dano. Pagando-se a pena, livra-se o infrator.

O imbricamento das formas sujeito de direito e troca de equivalentes permite observar que, no capitalismo, o fenômeno jurídico não se realiza de modo aleatório, desordenado ou indiferenciado. Com o desenvolvimento capitalista da forma da mercadoria, desenvolve-se também a forma jurídica, ambas sincronicamente, a partir de formas embrionárias, sob a marcha do processo de valorização e do estabelecimento de um mercado permanente.

É neste sentido que a forma jurídica é descoberta por Pachukanis como o “reflexo inevitável” da “relação entre os proprietários de mercadorias” (PACHUKANIS, 2017a, p. 95). Trata-se da síntese da articulação entre estas duas formas que caracterizam o fenômeno jurídico em sua especificidade capitalista: a forma subjetiva da troca de mercadorias (abstração da relação entre sujeitos de direito) e a forma contratual da equivalência (abstração do ato de vontade comum entre sujeitos iguais). A forma jurídica é, como síntese, a categoria que no plano do pensamento permite a reconstrução teórica do direito.

1.3 A QUESTÃO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO NA CRÍTICA MARXISTA AO DIREITO

Para os propósitos desta exposição, interessa-nos começar a enfrentar com maior centralidade, a partir de agora, o fenômeno da violação do direito na crítica marxista ao direito.

De modo geral, a abordagem realizada nesta pesquisa para a investigação deste fenômeno tem grande centralidade nos acúmulos teóricos extraídos de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. No terceiro capítulo, retomaremos uma análise ainda mais intensiva da obra, desta vez em uma aproximação voltada especificamente à questão da relação entre direito e violação do direito. Quanto a isso, parece-nos que é o caso de começarmos aqui apresentando algumas considerações em relação à escolha deste procedimento metodológico.

De início, é importante que não se caia na tentação de, ao examinar o título da obra máxima de Pachukanis, concluir que se trata da elaboração sistematizada e final de uma “teoria geral marxista do direito”. Sob determinada perspectiva, é possível sustentar que esta pretensão seria mesmo impossível diante da própria impossibilidade e inexistência, em paralelo, de uma “economia política marxista” – o que implicaria apontar até mesmo alguns limites teóricos na proposta pachukaniana (cf. SARTORI, 2015, p. 43).

A expressão *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, porém, representa muito mais um exame crítico da “teoria geral do direito” a partir da crítica da economia política do que um movimento em direção à construção de um corpo teórico autônomo. Mais precisamente, o percurso realizado por Pachukanis consiste no exame de elementos desta “teoria” como forma de expressão de representações burguesas da sociedade capitalista.

Sintoma disto é o uso das referências a uma “literatura marxista *sobre* a teoria geral do direito [...] extremamente pobre” e a uma “crítica marxista da teoria geral do direito” que estaria apenas começando, ambas encontradas no início do prefácio à segunda edição da obra. Posteriormente, no mesmo sentido, o autor aponta que o livro é “a experiência inicial de uma crítica marxista dos principais conceitos jurídicos” (PACHUKANIS, 2017a, p. 57 e 59, *itálico* nosso). Ou seja, trata-se, na visão do autor, de um olhar, a partir de fora, *sobre* a teoria geral do direito como objeto para a crítica marxista examinar, e não como um projeto a ser por ela alçado.

De todo modo, não sendo nosso propósito avançar no debate sobre a possibilidade ou não da construção de uma “teoria marxista do direito”,²⁸ o que nos interessa observar é que, ao menos em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, não se pode perceber a existência de tal objetivo. Pachukanis recorrentemente afirma o caráter ensaístico da obra, assinalando a inexistência de qualquer pretensão de encerramento do movimento explicativo do fenômeno jurídico com a conclusão de seu livro.

Ao revés, estimulando a continuidade das investigações que a leitura da obra suscita, o próprio autor afirma que esta deixa uma série de questões abertas para serem desenvolvidas. Inclusive, as duas primeiras edições vinham com o subtítulo “ensaio crítico sobre os conceitos jurídicos básicos”.²⁹ No prefácio à segunda edição, Pachukanis ainda aponta que o “livrinho” foi inicialmente escrito para “servir de impulso e material para discussões futuras” e – reconhecendo e buscando justificar o caráter não didático da exposição – relata que a escrita teve “em larga medida” o fito de “autoesclarecimento” (PACHUKANIS, 2017a, p. 59).

Já no prefácio à terceira edição, de 1927, embora suprimindo o subtítulo de “ensaio”, Pachukanis caracteriza *Teoria Geral do Direito e Marxismo* como um “esboço” que representa, como citamos acima, “a experiência inicial de uma crítica marxista dos principais conceitos jurídicos”. O autor aponta que “as ideias, apenas superficialmente planejadas para

²⁸ Cabe-nos apontar que Pachukanis faz referência diretamente a uma “teoria marxista do direito” em resposta a seus críticos no prefácio à segunda edição: “o sentido de minha pesquisa não se reduz de modo nenhum a fechar o acesso para a teoria marxista do direito àqueles períodos históricos que não conheceram a economia mercantil-capitalista” (PACHUKANIS, 2017a, p. 66). A expressão também aparece no título em artigo de 1927: *A Teoria Marxista do Direito e a Construção do Socialismo* (PACHUKANIS, 2009). Porém, em ambos os casos, a expressão é empregada sem maiores discussões sobre o tema, não havendo como concluir que seria a pretensão do autor construir tal teoria ou mesmo se esta chegou a ser-lhe uma questão.

²⁹ Conforme comentário do autor e nota da edição (PACHUKANIS, 2017a, p. 115).

este livro, podem e devem ser expostas de modo mais sistemático, mais concreto e mais minucioso”. Em seguida, o soviético chega a mirar “a tarefa de elaboração, no futuro próximo, de um manual [marxista] detalhado” (PACHUKANIS, 2017a, p. 57) para a teoria geral do direito, projeto sobre o qual infelizmente não conhecemos maiores detalhes ou, ao menos, que não resultou em textos divulgados.

Apesar de bastante modesto em suas ressalvas sobre o próprio texto, como vimos, o tempo mostrou que as indicações formuladas em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* foram de tamanha originalidade e rigor que dispensaram a publicação de uma elaboração mais detalhada – a tarefa apontada mas aparentemente não concluída por Pachukanis – para que, quase um século depois, sua obra, muito mais do que um “livrinho”, permaneça figurando como legado não superado no desenvolvimento da crítica marxista ao direito.

Tais ressalvas são importantes, por outro lado, para não cedermos ao impulso de esgotar a análise do nosso objeto de pesquisa na análise interna da obra pachukaniana. Tal postura seria não apenas de algum modo negligente com o tempo presente, mas atentaria contra o sentido que o próprio autor, na senda antidogmática marxiana, imprimiu às suas formulações. Neste sentido, ao tensionarmos em seus limites o exercício do estranhamento em que aqui nos inspiramos, a sugestão que aparece é de que, em alguns momentos, nos distanciemos inclusive do corpo teórico que sustenta a própria investigação, ou seja, o conjunto de formulações da teoria marxista, buscando questioná-lo, também ele próprio, como objeto exótico.

Se a crítica marxista é um poderoso convite para estranhar a sociedade do capital e, dentro dela, os fundamentos do fenômeno jurídico, o estranhamento dentro do estranhamento seria, antiteticamente, o passo seguinte em direção oposta ao centro das familiaridades com que iniciamos nossa pesquisa. Como assinalamos de início, temos buscado realizar uma espécie de movimento de espiral, partindo do real e ascendendo em círculos de aproximações ao concreto pensado.

Nesta imagem, tal estranhamento dentro do estranhamento seria algo como buscar um ponto mais distante do eixo gravitacional que conduz o movimento circular ascendente que miramos – evitando, evidentemente, o risco de perder a sua órbita – para observar o próprio trajeto percorrido. Afirmamos, com isso, que as aproximações aqui esboçadas não prescindem de um franco processo de contraposição com outras perspectivas, para que, transbordando os

limites de nossa centralidade metodológica na obra pachukaniana, possam ser verificadas e retificadas em direção à crítica do real.

O caso é que, em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, a questão da violação do direito é tratada com algum destaque, tendo o seu sétimo e último capítulo precisamente o título “Direito e violação do direito”.³⁰ Pachukanis, porém, apesar de trazer importantes inferências – que, inclusive, constituirão em grande medida a base do desenvolvimento de nosso terceiro capítulo –, não esgota as possibilidades de análise da complexidade que o tema envolve.

É oportuno, a partir disto, justificar que a expressão “violação do direito” não foi escolhida de modo absolutamente arbitrário para a estruturação de nossa pesquisa, mas precisamente por ser a forma tradicionalmente empregada na tradução da obra pachukaniana. Como já apontamos, há uma variada gama de palavras que se aproximam do fenômeno a que nos propomos investigar: transgressão, ilícito, infração, ilegalidade, inadimplência, crime, delito, descumprimento, desobediência, desrespeito etc. Por outro lado, a opção de Pachukanis por uma expressão mais genérica – violação do direito – sinaliza um movimento em direção à apreensão dos aspectos da generalidade deste fenômeno, um dos problemas abordados em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* de modo apenas sugestivo da necessidade de ampliação da construção da crítica marxista ao direito.

Até aqui, vimos que o grande mérito da obra pachukaniana está em identificar a especificidade do fenômeno jurídico a partir da crítica da economia política de Marx, tendo por resultado a formulação das categorias de que tratamos nos itens anteriores. Esta ênfase na especificidade do direito, entretanto, não significa que ele próprio não tenha apontado implicações de sua investigação específica – a crítica da teoria geral do direito – na “única e mesma realidade total e concreta”.³¹ Podemos observar, com isso, que *Teoria Geral do*

³⁰ Na edição russa, a expressão utilizada por Pachukanis é a conjunção *правонарушение* – em transliteração, *pravonaruchenie* (PACHUKANIS, 1980a). Trataremos mais diretamente da questão da tradução desta expressão mais adiante.

³¹ A este respeito, Pachukanis parte das seguintes considerações: “Qualquer ciência que procede a generalização ao estudar seu objeto trata de uma única e mesma realidade total e concreta. Um único e mesmo acontecimento – por exemplo, a passagem de um corpo celeste pelo meridiano – pode servir de conclusões tanto astronômicas quanto psicológicas. Um único e mesmo fato – por exemplo, o arrendamento de terras – pode ser objeto de investigação tanto político-econômicas quanto jurídica. Por isso a diferença entre as ciências se baseia, em larga medida, nos diferentes métodos de aproximação da realidade. Cada ciência tem sua própria concepção principal e, com esse plano, pretende reproduzir a realidade [...]. Marx

Direito e Marxismo transita em diversos momentos por mediações entre esta especificidade e outras esferas de relações sociais, como a política e a moral.

Como veremos nos capítulos seguintes desta exposição, as relações de violação do direito – tanto na análise da teoria da violação do direito eficiente (capítulo 2), quanto no desenvolvimento das considerações observadas na obra pachukaniana (capítulo 3) – revelam-se como um objeto que desafia a compreensão das particularidades do fenômeno em suas implicações na “única e mesma realidade total e concreta”.

Em nossa proposta de investigação, a produção de aproximações destas particularidades depende não apenas da observação das manifestações fenomênicas e da crítica às representações das relações de violação do direito, mas sobretudo da articulação das categorias explicativas da totalidade do modo de produção capitalista historicamente acumuladas pela crítica marxista.

Por isso, a partir do quadro de categorias apresentado acima, pensamos estar mais preparados para “adentrar em território inimigo”. No próximo capítulo, iremos examinar criticamente a teoria da violação do direito eficiente, situada no campo teórico da AED – campo em alguma medida antagônico ao que representa política e epistemicamente a crítica marxista ao direito com a qual trabalhamos até agora.

Passaremos, entrando nesta senda, em mais um exercício de estranhamento, agora com a sinceridade burguesa em face dos segredos do real. Surpreendentemente, talvez pela interface comum entre direito e economia, há algo de convergente entre estas duas posições antagônicas no que se refere à adeontologicidade do fenômeno jurídico. Entre outros elementos que caracterizam a teoria da violação eficiente do direito, veremos que, em sua construção, direito também não é dever-ser. Os teóricos da AED revelam, com isso, a produção a partir da segunda metade do século XX de uma representação do fenômeno menos ingênua do que a de matriz normativista.

É em torno desta base adeontológica, por sua vez, que poderemos encontrar abstrações de objetivações materiais do fenômeno da violação do direito às quais, interessando ao nosso

aponta que o desenvolvimento histórico da ciência vai justamente no caminho oposto: os economistas do século XVII começaram pelo todo vivente – pela nação pelo Estado, pela população – para depois chegarem à renda, ao lucro, ao salário, ao preço e ao valor. Contudo, aquilo que é historicamente inevitável, não é de modo nenhum metodologicamente correto. Tais observações são inteiramente aplicáveis à teoria geral do direito. Também neste caso, a totalidade concreta – sociedade, população, Estado – deve ser o resultado e o estágio final de nossa pesquisa, mas não seu ponto de partida.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 81-82).

processo de investigação como um todo, serão retomadas no momento de síntese a que se reserva o terceiro e último capítulo da exposição. Assim como a economia política clássica apresentou um considerável avanço em relação à descrição fisiocrata da produção de riquezas na sociedade burguesa, evidentemente sem deixar de incorrer em outras contradições, talvez o campo da AED nos apresente novidades valiosas ao pensamento crítico e à reconstrução teórica do fenômeno da violação do direito. Vejamos, no próximo capítulo, em que medida esta hipótese se sustenta no caso da análise da teoria da violação eficiente do direito.

2 O EXÓTICO COMO OBJETO FAMILIAR: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TEORIA DA VIOLAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO

As ideias dominantes não são nada mais do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação. Os indivíduos que compõem a classe dominante possuem, entre outras coisas, também consciência [...].

(MARX; ENGELS, 2007, p. 47)

No capítulo anterior, tratamos da trajetória pela qual a crítica marxista ao direito se desenvolve como corpo teórico a partir da crítica da economia política. Mais do que isso, vimos que mercadoria, sujeito de direito, valor e relação jurídica são relações sociais que se complementam na explicação do modo de produção capitalista. Portanto, para além da intersecção entre disciplinas autônomas, constatamos que direito e economia são duas categorias complementares na compreensão do real sob o critério da totalidade.

Há, porém, outra conhecida abordagem que também aposta na interface entre economia e direito como forma de produção de conhecimento, mas de modo radicalmente distinto em relação à proposta marxista. Esta abordagem leva originariamente o nome *Law and Economics* – ou seja, direito e economia, título sugestivo da interdisciplinaridade que a caracteriza – passando, posteriormente, a ser também difundida como análise econômica do direito, como temos a ela nos referido nesta exposição.

De início, poderíamos situar estas duas formas de pensar o direito em campos político-epistêmicos opostos: a primeira reunindo, em geral, quadros críticos ao capitalismo; a segunda reunindo, em geral, defensores de políticas de livre mercado e da maximização da eficiência econômica. Considerando esta oposição, é necessário dizer que o objetivo de nossa crítica não será desqualificar a AED corrente de pensamento em suas dimensões políticas, mas sim trazer à consciência os fundamentos do fenômeno da violação do direito nela presentes para, mais adiante, buscarmos aproximações de sua superação prático-teórica a partir da crítica marxista.

Já em relação à nossa posição dentro deste quadro, a qual já afirmamos desde a introdução, podemos dizer que será necessário, neste capítulo, colocar em prática o exercício

do estranhamento de uma nova forma: transformar o pensamento jurídico-econômico efficientista, que muitas vezes nos aparece como algo exótico em seu surpreendente cinismo e em sua “imperturbabilidade estoica”³², em um objeto familiar a ser analisado. Com isso, buscaremos verificar se há alguma contribuição que pode ser extraída do exame crítico da AED para a investigação do direito como um fenômeno objetivo. Neste trabalho, propomos a realizar tal debate nos marcos da assim chamada *teoria da violação eficiente do direito*.

As linhas gerais dos fundamentos metodológicos do que se pretende realizar neste sentido já foram apresentadas na introdução desta dissertação. Convém, entretanto, retomar alguns pontos desta fundamentação.

Pachukanis, como vimos, desenvolve as suas formulações a partir de profunda investigação sobre as categorias desenvolvidas pelo pensamento jurídico burguês, como norma jurídica, relação jurídica e sujeito de direitos. Neste sentido, as obras de alguns juristas burgueses, como Maurice Hauriou, são analisadas com destaque para o seu caráter “perspicaz” e consideradas pela crítica nos limites de suas contradições (PACHUKANIS, 2017a, p. 140).³³

Trata-se de movimento semelhante ao que Marx realizou com as categorias da economia política, entre as quais mercadoria, dinheiro e valor. Para Pachukanis, que com isso não se esquivava de “adentrar no território do inimigo”, este tipo de investigação “não apenas nos oferece a forma do direito em seu aspecto mais exposto e dissecado, mas, ainda, reflete o processo de desenvolvimento histórico real” (PACHUKANIS, 2017a, p. 76 e p. 80).

Pois bem, como veremos, nossos estudos indicam que a teoria da violação eficiente do direito é desenvolvida como uma espécie de resposta dos expoentes da AED às necessidades históricas da classe com a qual se identificam. Neste sentido, se “também a economia política começou seu desenvolvimento com questões práticas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 69), aqui apostamos que o exame crítico de representações burguesas permitirá a produção de aproximações em relação à reconstrução teórica da violação do direito.

³² A expressão é de Marx (2017a, p. 799).

³³ Para aprofundamentos sobre a crítica pachukaniana à obra de Maurice Hauriou, ver o texto veiculado na *Revista InSURgência*, recém traduzido ao português, do filósofo do direito norueguês-canadense Bjarne Melkevik (2016)

Neste sentido, não podemos deixar de mencionar a existência de pesquisas sérias realizadas com o objetivo de examinar criticamente a AED, porém em ângulos distintos ao que nos propomos neste capítulo. As críticas estadunidenses mais conhecidas às concepções da AED são de Ronald Dworkin (1980) sobre a relação entre os conceitos de eficiência e justiça. Em tom mais sarcástico, também vale a indicação do artigo de Arthur Less (1974), no qual Richard Posner – autor central à nossa pesquisa – é comparado a um Dom Quixote que se lança em um mundo de complexidade aplicando sempre a sua visão particular. Neste cenário, afirma Less, a AED sempre vence no final.

Nacionalmente, há uma série de trabalhos relevantes de autores que, sobretudo a partir da perspectiva garantista, confrontaram a restrita concepção de democracia veiculada pela AED, merecendo destaque as abordagens de Alexandre Morais da Rosa e do português José Manuel Linhares publicadas no livro *Diálogos com a Law & Economics* (2011), a dissertação de mestrado de Júlio César Marcellino Júnior (2006), a tese de doutoramento orientada por Luigi Ferrajoli de Alfredo Copetti Neto (2010) e textos de Lenio Luiz Streck (2011 e 2017). Estudos críticos em outras perspectivas são encontradas nas dissertações de mestrado de Eric Hadmann Jasper (2010) e de Luana Heinen (2012).

Entretanto, evidentemente sem questionar o valor destas reflexões, reafirmamos que nosso interesse em investigar a AED aqui é outro. A proposta desta pesquisa é investigar a violação do direito como um fenômeno objetivo e neste capítulo, dentro deste exercício de aproximação, examinar a representação do fenômeno da violação do direito pela AED. É por isso que nos propomos o exercício antropológico de estranhamento e familiarização com seus argumentos.

Conforme indicamos na introdução, as investigações de Marx não rejeitavam as formas burguesas de pensamento do mundo, mas consideravam que “deviam ser respeitadas, não importa quão unilaterais ou desvirtuadas fossem”. O método crítico, neste sentido, “toma o que os outros disseram e vislumbraram e trabalha com este material a fim de transformar o pensamento – e o mundo que ele descreve – em algo novo” (HARVEY, 2013, p. 14).

Afinal, a classe burguesa provavelmente nunca deixou de expressar as relações materiais dominantes com a formulação de ideias atualizadas às necessidades históricas próprias de cada época. Quer dizer, como na provocação em epígrafe, também os indivíduos dos séculos XX e XXI que se identificam com a classe dominante – entre os quais aqueles que

se situam no campo da AED – “possuem, entre outras coisas, também consciência” (MARX e ENGELS, 2007, p. 47).

Com base nestes pressupostos, este capítulo se dividirá em três momentos. Em primeiro lugar, passaremos pela análise da conformação da AED como campo de conhecimento, contexto no qual surge a teoria da violação eficiente do direito. Nosso objetivo, evidentemente, não será esgotar a reflexão sobre as inúmeras questões implicadas nesta trajetória, mas fundamentalmente compreender as linhas gerais relacionadas à problemática da violação do direito nela presentes.

Em segundo lugar, trataremos especificamente da teoria da violação eficiente do direito, desde sua gênese conceitual até a concepção presente nos trabalhos de Richard Posner, autor que costuma figurar como o principal, ou ao menos o mais conhecido, expoente da AED. Como procedimento de aproximação, analisaremos as publicações que identificamos como as mais representativas desta assim chamada “teoria”.

Em seguida, passaremos à discussão sobre os pontos identificados como mais relevantes ao exame da crítica marxista. A título de síntese, buscaremos apresentar, enfim, as principais características da representação do fenômeno da violação do direito extraídas da análise da construção do conceito da violação eficiente do direito e, com isso, produzir aproximações de nosso objeto como acúmulos que nos impulsionem para o prosseguimento da exposição da pesquisa no capítulo seguinte.

2.1 NOÇÕES SOBRE O CAMPO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A relação entre direito e economia é abordada na história do pensamento humano sob diversas óticas. Em Marx, por exemplo, há em sua principal obra, *O Capital*, uma rica abordagem sobre o fenômeno jurídico, ainda que não sistematizada, como pudemos ver no primeiro capítulo. Nada impediria, a princípio, que indicássemos aquilo que Marx e o posterior desenvolvimento da crítica marxista ao direito produziram como uma abordagem baseada na interface “economia e direito” ou, até mesmo, como uma espécie de “análise econômica do direito”. Possíveis leituras, de modo semelhante, também podem ser suscitadas a partir do pensamento weberiano (cf. GODOY, 2005).

Hoje, entretanto, a partir da influência geopolítica dos Estados Unidos, está mundialmente consolidado um campo do conhecimento – com crescente influência nos cursos de direito³⁴ e dotado de certa especificidade – o qual passamos a identificar quando escutamos quaisquer destas duas expressões: *Law and Economics* (direito e economia) e *Economic Analysis of Law* (análise econômica do direito). Abordaremos, neste item, alguns dos aspectos deste campo do conhecimento, com maior atenção ao contexto de seu surgimento histórico, à sua conformação no contexto brasileiro e às linhas gerais que caracterizam o seu desenvolvimento.

Em uma breve síntese inicial, podemos caracterizar a AED como um modo de pensar o direito a partir da aplicação de postulados da microeconomia neoclássica subjetivista mirando a eficiência na alocação social de recursos. Para alguns autores, a AED pode ser considerada expressão do “imperialismo da economia”, ou seja, de uma suposta superioridade dos postulados científicos da economia sobre outros campos do conhecimento (COOTER, 1982). Edward Lazear, autor que inspira este argumento, afirma que a economia expandiu sua região de influência, pelo menos desde a década de 1960, por um motivo central: uma “linguagem rigorosa que permite conceitos complicados serem escritos em termos abstratos e relativamente simples” (LAZEAR, 1999, p. 99).³⁵

Neste contexto, a AED surge como um novo movimento (“*the new movent Law and Economics*”) na Universidade de Chicago no início da década de 1960 (POSNER, 1986, p. 19).³⁶ Este surgimento é marcado, basicamente, pela assunção de que as operações de mercado têm custos. A partir de Ronald Coase (1937 e 1960), estes custos passam a ser chamados de *custos de transação*. O objetivo do empréstimo da racionalidade econômica na área jurídica seria diminuí-los, tornando eficiente a alocação social de recursos.

Alguns preferem caracterizar a AED como uma teoria (PINHEIRO, SAADI e CAMPUS, 2004; SALAMA, 2008), como um ramo científico (COELHO, 2007; ARAÚJO,

³⁴ Na Universidade de Yale, neste sentido, em 1995 o diretor da faculdade de direito afirmava que já se tratava da mais influente escola de teoria do direito nos Estados Unidos (KROMMAN, 1995, p. 160).

³⁵ Para uma perspectiva crítica sobre a AED como expressão do assim chamado imperialismo econômico, ver Jasper (2010). De outro giro, para uma perspectiva sobre a necessidade do “engajamento dos(as) juristas nos debates econômicos” baseada nas “contribuições heterodoxas da nova economia do desenvolvimento”, ver Ferreira (2017, p. 15 e 177).

³⁶ É possível apontar a existência, antes da década de 1960, de um *first law and economics movement* (cf. COPETTI NETO, 2012), mas este não será objeto de nossa discussão, de modo que restringiremos o uso da expressão AED ao movimento desencadeado na Universidade de Chicago.

2015), como uma escola (GALDINO, 2005; LINHARES, 2011), como uma disciplina (ZANATTA, 2012) ou como um método (RIBEIRO e CAMPOS, 2012). Não é nosso objetivo fazer o estudo da caracterização epistemológica da AED, o que se mostra como relevante tarefa indicada para outras abordagens.³⁷ Porém, para os fins de operacionalizar a presente exposição, é necessário dizer algumas palavras sobre esta questão.

Conforme indicam as leituras que realizamos, não pudemos identificar um mínimo de homogeneidade entre aqueles que se identificam com a AED em relação ao que seria o seu objeto ou o seu método, motivo pelo qual não parece própria a sua caracterização como *teoria*. Parece mais acertado, por isso, indicá-la como *movimento* (POSNER, 1986; GODOY, 2005; MORAIS DA ROSA, 2011) ou *corrente intelectual* (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015), enfatizando uma fluidez heterógena que tem nascente em influências comuns, ou como *campo* (GICO JÚNIOR, 2010; COOTER e ULEN, 2016), como temos preferido, enfatizando a nítida conformação de uma comunidade acadêmica que se identifica com estas influências em linhas de pesquisa, produções literárias, promoção de eventos e editoração de periódicos acadêmicos.

2.1.1 O surgimento da AED em Chicago

Em relação à sua origem histórica nos Estados Unidos, as condições de consolidação da AED remetem à década de 1950, com a nomeação de Aaron Director – economista influenciado pelo emergente neoliberalismo de Friedrich Hayek – para uma cadeira na Faculdade de Direito na Universidade de Chicago. Director figura aqui como um personagem importante não exatamente por ter sido um expressivo expoente da AED, mas por ter iniciado o primeiro programa de pesquisa “*Law & Economics*” no âmbito universitário.

Em 1958, foi criado o periódico “*Journal of Law & Economics*” conjuntamente entre os departamentos *School of Business* e *Chicago Law School* da mesma universidade. Ainda na mesma década, o programa passou a ser dirigido pelo economista Ronald Coase, considerado hoje um dos principais precursores ou “pais fundadores” da AED. Entre diversos textos introdutórios ao estudo do campo (POSNER, 1986; BOWLES, 1991; ZANATTA, 2012;

³⁷ Sobre o tema, ver Jasper (2010, p. 21-23)

COOTER e ULEN, 2016), Coase é destacado devido à mudança de abordagem que propôs em 1960 no artigo *The Problem of Social Cost*, publicado no mencionado *Journal of Law and Economics*. Analisaremos, mais adiante, o argumento construído por Coase neste artigo e a influência por ele exercida na conformação do campo da AED.

O pensamento de Coase e a sua titularidade na cadeira “*Law & Economics*” da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, influenciaram intensamente os juristas dessa instituição. De modo semelhante ao movimento pelo qual ficaram mundialmente conhecidos os economistas de Chicago, setores do curso de direito da mesma universidade consolidaram-se como um “ambiente acadêmico de perfil altamente liberal, em defesa do livre mercado e da não intervenção estatal em questões econômicas como forma de otimização dos custos de transação” (ZANATTA, 2012, p. 35).

Além de Coase, textos introdutórios também costumam apontar os trabalhos de Guido Calabresi (1961) e Gary Becker (1959/1971 2. ed.) como responsáveis pelo nascimento do campo da AED (POSNER, 1986; BODART, 2018). Em relação a Coase e Becker, os defensores da AED costumam ressaltar que o nível de reconhecimento do campo é demonstrado por terem os dois economistas ganhado, respectivamente nos anos de 1991 e 1992, o Prêmio de Ciências Econômicas do Banco Central da Suécia em Memória de Alfred Nobel.³⁸

A partir destas primeiras obras, a AED ganhou fôlego e adquiriu reconhecimento como um campo específico. Em uma das mais conhecidas críticas ao campo, Alexandre Moraes da Rosa sustenta que a “proeminência do discurso neoliberal” foi, entre outros, um dos principais fatores responsáveis por esta alavancagem, apontando a existência da “articulação silenciosa” em que, desde a segunda metade do século XX, a AED figura como “instrumento flexível e ideológico do modelo neoliberal”. Para o autor, em síntese, a mundialização do neoliberalismo ocasionou um giro pragmático no direito, ensinando-lhe a

³⁸ Por vezes, entretanto, tais textos indicam os economistas simplesmente como “ganhadores do Prêmio Nobel”, omitindo que este prêmio não é atribuído pela Fundação Nobel, mas sim pelo *Sveriges Riksbank* (Banco Central da Suécia). O advogado na área dos direitos humanos Peter Nobel, sobrinho-neto de Alfred Nobel, é o mais conhecido crítico do prêmio paralelo: “O prêmio de economia conseguiu se estabelecer e ser concedido como se fosse um Nobel. Mas ele não passa de um golpe de relações-públicas dado por economistas que buscam melhorar sua reputação. Ele (o prêmio) costuma ser dado a especuladores do mercado financeiro” (O GLOBO, 2014).

linguagem da eficiência e do cálculo de custos e benefícios (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 40 e 60).

Hoje, a mais conhecida referência no desenvolvimento e na divulgação da AED é Richard Posner (RIEFFEL, 2006; MACKAAY e ROUSSEAU, 2015; MORAIS DA ROSA, 2011; LINHARES, 2011). Desde 1969, Posner leciona na Universidade de Chicago. Entre 1981 e 2017, exerceu o cargo de juiz em um tribunal de apelação dos Estados Unidos (*Court of Appeals for the Seventh Circuit*). Além disso, o estadunidense teve uma trajetória prático-professional abrangendo uma diversidade de experiências nas burocracias jurisdicional e administrativa, entre as quais assistente de *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, assistente da *Federal Trade Commission* e assessor do *Solicitor General of the United States*.³⁹

Posner, com a publicação de sua principal obra, *Economic Analysis of Law*, é o responsável pela percepção da “aceitação de um paradigma” da AED nos Estados Unidos que prevalece, pelo menos, até o início da década de 1980 (MAKCAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 11). Na sequência, trataremos mais detidamente de alguns elementos do pensamento posneriano, inclusive no que se refere à concepção de violação eficiente do direito veiculada em obras de sua autoria.

Por último, é importante indicarmos que a AED se formou como um campo de conhecimento orientado à resolução prática de problemas jurídicos. Desde o seu surgimento na Universidade de Chicago, tem encontrado crescente aplicação na atividade jurisdicional de magistrados estadunidenses, entre os quais se destaca o próprio Richard Posner, juntamente com outros expoentes da AED – Frank Easterbrook, Stephen Breyer, Guido Calabresi, Douglas Ginsburg, Robert Bork e Alex Kozinski (COOTER e ULEN, 2016).

³⁹ A figura do *Justice* equivale à de Ministro do Supremo Tribunal Federal no Brasil. A *Federal Trade Commission* é uma autarquia estadunidense voltada à proteção dos consumidores, abrangendo a prevenção de práticas empresariais monopolistas, por exemplo. O cargo de *Solicitor General of the U.S.*, por sua vez, equivale à figura ao Procurador Geral da República no Brasil. Tais informações biográficas foram obtidas em página disponível na plataforma da Universidade de Chicago: <<http://home.uchicago.edu/~rposner/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

2.1.2 A conformação do campo da AED no Brasil

No período subsequente ao seu surgimento, a AED continuou e continua sendo desenvolvida centralmente nos Estados Unidos. Podemos observar, entretanto, conforme já o mencionamos na introdução, que a AED hoje é um campo emergente no Brasil. Na visão de seus defensores, “[é] o principal movimento jurídico da segunda metade do século passado e começo deste nos Estados Unidos da América e é amplamente utilizado na Europa, Ásia e mais recentemente, Brasil, onde vem sendo disseminado na academia, Executivo e Judiciário” (ABDE, 2018).

Não é nosso objetivo realizar um estado da arte da AED no Brasil. Porém, a título de contextualização, podemos indicar que hoje, de fato, algumas das principais faculdades de direito do país possuem em seus quadros docentes pesquisadores ligados ao campo, havendo um número crescente de pesquisas realizadas e disciplinas oferecidas em programas de pós-graduação com objetos correlatos.

No Brasil, identificamos a *Economic Analysis of Law Review*, da Universidade Católica de Brasília, como o principal periódico especializado na área. Com edições semestrais desde o ano de 2010, a revista tem por escopo central explorar “aspectos inusitados de questões jurídico-políticas pelo emprego de tradicionais disciplinas econômicas como a microeconomia, a Teoria dos Jogos, a econometria e a Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*)”.⁴⁰

Merece menção também a existência de uma série de associações privadas que reúnem pesquisadores do campo da AED. A principal delas é a decenária ADBE – Associação Brasileira de Direito e Economia, na realização de seu XI Congresso Anual no ano de 2018. A política da ABDE é assim descrita em sua página institucional:

A Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) é uma associação civil sem fins lucrativos, de caráter científico, educativo, técnico, cultural e pluridisciplinar, criada para desenvolver a pesquisa e aprimorar a interdisciplinariedade entre as ciências do Direito e da Economia, bem como as que a elas se relacionem. Dedicar-se à difusão nos meios jurídicos e acadêmicos, da análise econômica do direito. O Direito e Economia (Law

⁴⁰ Conforme descrição disponível no portal do periódico. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/about/editorialPolicies>>. Acesso em 01 jun. 2018.

and Economics) é um campo interdisciplinar de conhecimento, que aplica as ferramentas da Ciência Econômica a temas jurídicos e de políticas públicas. Buscando através da utilização de ferramentas tais como teoria dos preços, teoria dos jogos, econometria, teoria das externalidades e dos custos de transação, além de outras, tornar o sistema jurídico mais eficiente para que possa, dessa forma, conseguir alcançar os seus propósitos de justiça e equidade, desejados por todos e possibilitadores da paz social e do desenvolvimento.⁴¹

De âmbito regional, entre as organizações com o mesmo caráter, podemos mencionar o IDERS – Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul, a ANDE – Associação Nordestina de Direito e Economia e a ADEPAR – Associação Paranaense de Direito e Economia.

Em relação à atuação estatal, não se verifica no Brasil uma ampla aplicação da AED na fundamentação de decisões judiciais tal qual no caso dos Estados Unidos. A explicação da resistência à AED no Brasil é dada por Luciano Timm, presidente da ABDE no biênio 2016-2017, devido à existência de um “predador ideológico” na América Latina. Em suas palavras: “Nosso pensamento é muito mais em favor do mais fraco e pouco pragmático. Não nos livramos do efeito do ‘perfeito idiota latino-americano’, socialista e protetor dos fracos e oprimidos. Além disso a dogmática jurídica resiste a pensamentos atuais, mais novos.”⁴²

Por outro lado, já há alguns anos pesquisadores da área ressaltam um crescimento notado no uso da racionalidade econômica nos tribunais brasileiros (PARGENDLER e SALAMA, 2014). Mais recentemente, a AED tem mostrado uma tendência de crescente recepção entre os tribunais brasileiros, tendo sido suscitada na fundamentação de julgamentos de casos de relevância nacional e, além disso, na elaboração de projetos de lei (COURA, 2017).

Seus efeitos práticos em outros espaços de atuação administrativa estatal podem ser observados, ainda, na declaração de Alexandre Cordeiro, um dos conselheiros do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sobre as decisões do conselho que envolvem o direito à vida:

⁴¹ Conforme descrição disponível na seção “Institucional” do portal eletrônico da ABDE. Disponível em: <<https://abde.com.br/institucional>>. Acesso em 01 jun. 2018.

⁴² Em entrevista a Coura (2017, p. 66).

Eu aplico a análise econômica do Direito em 100% dos casos. [...] Com US\$ 500 mil que são gastos num único remédio experimental eu compro inúmeras ampolas de insulina e consigo salvar muito mais pessoas. Fazendo esta simples análise econômica estou sendo utilitarista, sim, mas em benefício da sociedade. A vantagem da análise econômica do Direito é conseguir medir o impacto das decisões e das normas. O Direito não pode mais ser um fim em si mesmo.⁴³

Ainda no âmbito administrativo, outro exemplo de influência da AED no Brasil: no ano de 2017, a ENAP – Escola Nacional de Administração Pública, órgão do Poder Executivo federal voltado à formação de servidores públicos federais, promoveu um curso de “capacitação” em AED em parceria com a FGV – Fundação Getúlio Vargas. O público-alvo do curso foram “altos executivos dos ministérios e procuradores-chefes das agências reguladoras e autarquias”, tendo sido matriculados servidores da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, da Secretaria-Geral da Presidência da República, da Procuradoria-Geral do Banco Central, de Agências Reguladoras, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União. O caráter de “capacitação” do curso foi ressaltado por Luiz Marcelo Berger, professor responsável pelo primeiro módulo do curso, do seguinte modo: “[é] preciso evoluir na parte prática, e pretendo mostrar como essa metodologia funciona, de modo a ajudar que isso aconteça” (ENAP, 2017).

Entre os casos judiciais mais paradigmáticos em que a AED foi utilizada como fundamentação no Brasil, podemos citar o voto da desembargadora Cláudia Cristina Cristofani no julgamento de recurso do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Neste caso, a defesa argumentava que o desembargador João Pedro Gebran Neto seria incompetente para julgar os recursos da Operação Lava Jato em função de suas relações de amizade com o magistrado de primeiro grau, Sérgio Fernando Moro.

No julgamento realizado em 12 de dezembro de 2016, com base em uma espécie de análise de custos no “contexto teórico da fuga da jurisdição”, citando repetidamente Posner e outros expoentes da AED, incluindo a sua própria dissertação de mestrado (CRISTOFANI,

⁴³ Em entrevista a Coura (2017, p. 69 e 78).

2016), a magistrada negou o recurso da defesa. Em sua fundamentação, o recorrente é visto como um agente econômico racional calculador de interesses: “quando a sanção for maior que X [custo a ser despendido para evitar a aplicação de sanções] o agente irá arcar com este custo, de forma eficiente, para evadir da sanção”. Por fim, conclui a desembargadora que “o Estado-Juiz precisa estar munido de correspondente força, a se contrapor às tentativas de fuga de responsabilização de requeridos em processo judicial, que, se bem sucedidas, revelariam intolerável, desnecessário e inconstitucional grau de fraqueza estatal”.⁴⁴

Mais recentemente, o debate sobre a AED chegou ao STF – Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5766, confirmando a tendência de crescimento da presença da AED no judiciário brasileiro. A ação trata, em síntese, dos dispositivos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) que limitaram o direito à gratuidade da justiça e o acesso ao Poder Judiciário nos litígios decorrentes de relações de trabalho.

Na sessão de julgamento ocorrida no dia 10 de maio de 2018, o ministro Luis Roberto Barroso, relator do processo, utilizou na fundamentação de seu voto conceitos econômicos de custo e eficiência para analisar a litigância trabalhista. Como não nos alongaremos no estudo das peculiaridades do julgamento, o que escaparia de nossos objetivos, deixaremos aqui apenas indicada a necessidade de um estudo aprofundado sobre os argumentos do ministro.

O momento que mais nos interessa desta sessão de julgamento consiste na discussão sobre a politicidade da AED que se gerou a partir do voto de Barroso. Em comentário ao voto de Barroso, o ministro Ricardo Lewandowski fez uso da palavra na sessão para criticar o matiz ideológico da AED e, fazendo a leitura de artigo de autoria de Arnaldo Godoy, enfatizou que esta se identifica “com a direita norte-americana e com o neoliberalismo” (cf. GODOY, 2005, p. 8).

A resposta de Barroso a tal questionamento foi a seguinte:

Há com todas as vênias um equívoco aqui. A aritmética não é nem de esquerda, nem de direita. A matemática é indiferente a escolhas ideológicas. Dois mais dois são quatro nos Estados Unidos, na China e na Venezuela. Portanto, se a conta não fechar, ela não fecha nem à esquerda nem à direita.

⁴⁴ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Exceção de Suspeição Criminal nº 5052962-04.2016.4.04.0000/PR.

[...] se o custo individual é menor do que o custo social, você incentiva um determinado comportamento. Não tem nada de ideológico nisso. É um fato.⁴⁵

Nos dias seguintes, o caso gerou alguma polêmica, tendo sido veiculado, por exemplo, em uma coluna do jornal *O Globo* (GOIS, 2018). A reação da associação nacional mais representativa da AED, por sua vez, foi a publicação de nota com a finalidade de “esclarecer que a Análise Econômica do Direito não é de Direita [sic] nem de esquerda, não é nem conservadora nem liberal” (ABDE, 2018).

Dissemos, no item anterior, que a AED é um campo que de modo geral reúne pesquisadores situados em determinado alinhamento político-epistêmico da comunidade acadêmica. A partir do debate suscitado pelo caso do STF, parece que podemos avançar um pouco mais nesta questão e, a partir dela, obtermos outros acúmulos para a continuidade de nossa exposição.

O que significa observarmos que a própria ABDE rejeita expressamente o título de “direita” (apesar de curiosamente ter-lhe dado a grafia maiúscula em sua nota)? Parece-nos, a partir de nossas observações de campo (como na participação de seminários, por exemplo), que esta rejeição não é algo unânime entre os expoentes da AED. Não pretendemos, entretanto, demonstrá-lo empiricamente, até porque estamos entrando aqui em um debate limitado por alguma imprecisão terminológica. Apenas para ilustrar o perfil dos adeptos da AED, porém, podemos ficar com a afirmação de Luciano Timm citada acima, em que o então presidente da ABDE lamentou a presença nacional da figura predatória do “‘perfeito idiota latino-americano’, socialista e protetor dos fracos e oprimidos”.

Ao negar a politicidade do campo de conhecimento de que é expoente, a ABDE flerta com certa posição da neutralidade científica, típica das ciências da natureza. Aparentemente, a cientificidade da AED teria sua expressão máxima na linguagem matemática, pressupondo ainda a neutralidade do processo científico. Porém, como amplamente debatido na epistemologia de matriz crítica, esta neutralidade é impossível nas ciências da sociedade, em que “as opções ideológicas (ou utópicas) condicionam não somente a escolha do objeto mas também a própria argumentação científica, a pesquisa empírica, o grau de objetividade

⁴⁵ Transcrição a partir da gravação da sessão de julgamento disponibiliza pelo Supremo Tribunal Federal em seu canal na plataforma *YouTube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>>. Acesso em 02 jun. 2018.

atingido e o valor cognitivo do discurso”. No sentido de ideologia como “visão de mundo”, todo conhecimento social é de uma forma ou de outra ideológico (LÖWY, 2000, p. 199).⁴⁶

De todo modo, entendemos que o debate mais importante se situa acima destas definições da politologia. De nossa parte, entendemos que as preocupações práticas sobre as quais a AED se debruça são preocupações que, para além da oposição esquerda-direita, têm lado na *luta de classes*. Por exemplo: a preocupação de que a organização estatal incentive a melhor alocação de recursos – a qual, no caso do STF, se refere à disputa entre empregados e empregadores – é no fundo uma preocupação com a garantia da circulação de mercadorias e com o processo global de acumulação de valor.

“A gente infelizmente precisa do Estado” – disse, em um seminário, uma das principais expoentes nacionais da AED.⁴⁷ De fato, desde sua origem na Universidade de Chicago até a sua conformação no Brasil, um dos objetos centrais de discussão no campo da AED se refere aos limites de intervenção do Estado nas relações jurídicas. Os argumentos desenvolvidos por seus expoentes, por sua vez, revelam o compromisso que têm com os processos de valorização e acumulação do capital. A teoria da violação eficiente do direito, como veremos mais adiante, é exemplo disso.

Há, para encerrar este tópico, um ponto na fala de Barroso que trouxemos acima que queremos destacar. Para defender o uso da racionalidade econômica na fundamentação de seu voto, o ministro identifica a *aritmética* como neutra (“nem de esquerda, nem de direita”) e a *matemática* como indiferente a “escolhas ideológicas”. Em outras palavras, está dizendo que os números são úteis para que a organização estatal – em que, no caso brasileiro, ele próprio assume um dos mais altos cargos político-administrativos – decida os limites de intervenção nas relações jurídicas.

Retomando a crítica marxista, o argumento de Barroso nos faz lembrar que, ao tratar da dosimetria da pena, Pachukanis caracterizou a sua “severidade” a partir da “expressão

⁴⁶ Sobre a crítica a pretensão de neutralidade da AED, ver Moraes da Rosa (2011, p. 114-120) e Linhares (2011, p. 203-205).

⁴⁷ Anotações da palestra proferida por Márcia Carla Ribeiro com o tema “AED na Lei 13.303/2016”, no Seminário *Análise Econômica do Direito em tempos de crise: investigações de ferramentas e mecanismos jurídicos de eficiência*, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 08 de junho de 2017. Ribeiro – além de professora na do curso de direito na Universidade Federal do Paraná e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – é advogada na área do direito empresarial, foi presidente da ABDE no biênio 2010-2011 e, mais recentemente, foi Secretária da Administração e da Previdência do Estado do Paraná (2016-2017).

aritmética” (PACHUKANIS, 2017a, p. 177). Qual seria a relação entre estas duas perspectivas, situadas em contextos absolutamente distantes entre si, mas que tratam de algum tipo de relação não explícita entre o fenômeno jurídico e o ramo matemático das operações numéricas? Esta pergunta se refere ao problema central de nossa exposição. Mas estamos nos adiantando. À questão da relação entre direito e cálculo dedicaremos o nosso terceiro capítulo.

2.1.3 Das linhas gerais de desenvolvimento do campo à representação da violação do direito

Trataremos neste item dos resultados a que chegamos nos estudos sobre as principais linhas que delimitam a AED como um campo específico de conhecimento em desenvolvimento. Como vimos, os seus primeiros passos históricos se situam na Universidade de Chicago entre as décadas de 1950 e 1960. Desde então, nestes mais de cinquenta anos seguintes, desenvolveu-se uma profusão de abordagens sobre o fenômeno jurídico que dialogam com o campo da AED, sobretudo nos Estados Unidos.

Não seria possível, evidentemente, esgotar a análise da complexa e heterogênea produção da AED acumulada neste período. Como um biólogo que se coloca na tarefa de investigar as formas de vida em uma floresta inóspita durante alguns meses, não poderemos fazer aqui mais do que uma descrição muito parcial do campo da AED. Como exemplo, podemos observar que parte dos adeptos do campo desenvolvem seus argumentos a partir de pressupostos institucionalistas, com maior influência da obra de Paul Samuelson,⁴⁸ enquanto outros o fazem a partir do comportamentalismo econômico, (*behaviorial economics*), com maior influência de Gary Becker.⁴⁹

Considerando estes limites, faremos um exercício de aproximação a partir de determinado foco: buscaremos destacar os principais elementos da AED que, de acordo com nossa análise, estão em alguma medida relacionados ao propósito geral desta pesquisa, qual seja, a investigação da violação do direito como fenômeno objetivo.

⁴⁸ Samuelson é o autor de *Foundations of Economics*, de 1942, obra considerada por expoentes da AED como o marco da superioridade técnica adquirida pela economia em relação a outras ciências sociais no decorrer do século vinte (COOTER, 1982).

⁴⁹ “A moderna retomada do interesse na aplicação da economia a comportamentos para além do mercado começa com Gary Becker” (POSNER, 1981, p. 2).

A investigação se deu a partir dos seguintes procedimentos: (i) participação como observador de eventos acadêmicos do campo da AED; (ii) levantamento de ementas de cursos e disciplinas ministradas no Brasil relacionadas ao campo; (iii) identificação e leitura exploratória das obras introdutórias mais difundidas no ensino dos temas da AED; (iv) leitura das obras identificadas como mais relevantes nos procedimentos anteriores; e (v) leitura complementar de perspectivas críticas sobre o tema veiculadas no Brasil. O quadro que apresentaremos, portanto, longe de ser conclusivo, coloca-se muito mais como uma aproximação provisória e sugestiva da necessidade de uma série de aprofundamentos a serem realizados em outros momentos.

Em síntese, mirando aquilo que queremos acumular nesta etapa da exposição, o resultado a que chegamos com estes procedimentos é que são três as principais características gerais da AED no que se refere ao seu modo de representar o fenômeno da violação do direito: (i) trata-se de um campo que, sob a roupagem da argumentação econômica pretensamente científica, se orienta à resolução pragmática de problemas jurídicos; (ii) a eficiência econômica aparece como o conceito central na maioria das exposições analisadas; (iii) o problema de fundo que condiciona a maioria dos debates do campo da AED se refere aos limites da relação entre a ação da organização estatal e a dinâmica das relações jurídicas.

Em relação às influências presentes no campo, é importante ressaltar que não há consenso entre os expoentes da AED. Enquanto para alguns o movimento tem suas raízes no utilitarismo de Bentham, no pragmatismo de Peirce e Dewey e no realismo jurídico de Oliver Holmes Junior (GODOY JÚNIOR, 2005), análises mais recentes sustentam que a AED é “indiferente às tradicionais concepções ao redor das quais disputavam diferentes escolas de pensamento no Direito, como formalismo, realismo, jusnaturalismo e positivismo” (BODART, 2018). Considerando os limites de nossa proposta, não poderemos aprofundar aqui este importante debate sobre quais são, de fato, as influências originárias da conformação do campo da AED. Passamos, com isso, à explicação do quadro que propomos acima.

A primeira característica da AED que apresentaremos é a sua *orientação à resolução pragmática de problemas jurídicos*. De acordo com seus defensores, a superioridade da AED como forma de abordar o fenômeno jurídico estaria em dois aspectos conformadores desta orientação pragmática: (i) o olhar dirigido às consequências da aplicação do direito, e (ii) a cientificidade econômica como embasamento para a tomada de decisões pelos juristas.

Para um estudioso do pensamento posneriano, uma das características centrais da AED é ver o direito “como instrumento que auxiliará os mercados, facilitando suas operações no sentido de produzir resultados mais eficientes nas transações” (RIEFFEL, 2006, p. 12). Trata-se de algo que pode ser encontrado também na introdução de um dos mais difundidos livros introdutórios ao campo:

Juízes e outros funcionários precisam de um método para avaliar os efeitos jurídicos em valores sociais importantes. A economia provê este método com a eficiência. [...] Eficiência e lucro estão tão proximamente relacionados que advogados podem usar os princípios de eficiência deste livro para ajudar as empresas a ganharem mais dinheiro. A eficiência econômica é um conceito abrangente de benefícios públicos que inclui os lucros das empresas, o bem-estar dos consumidores e os salários dos trabalhadores. A lógica da maximização do conceito abrangente (eficiência) é muito similar à lógica de maximizar um de seus componentes (lucros). Um sistema jurídico bom mantém a lucratividade da empresa e o bem-estar das pessoas envolvidas, de modo que a busca por lucros também beneficie o público. (COOTER e ULEN, 2016, p. 4).

Os trechos citados nos indicam que a AED não apenas se orienta à resolução de problemas jurídicos, mas o faz por meio de uma abordagem específica. Trata-se de uma proposta arrojada: no exemplo de Cooter e Ulen, esta consiste em abranger em um só conceito (*eficiência econômica*) a busca das empresas por lucro e o bem-estar da comunidade afetada pela atividade empresarial, incluindo consumidores e trabalhadores.

Como expressão deste caráter prático, tais autores sugerem que advogados de empresas e funcionários da burocracia, entre os quais os juízes, realizem abordagens econômicas no exercício de suas atividades para avaliar não apenas a manifestação formal das normas jurídicas, mas sobretudo quais são os *efeitos da aplicação do direito*. Em uma comparação didática com a construção civil, a AED está mais preocupada com os resultados da execução do edifício projetado do que com a busca de explicações sobre os desenhos que compõem seu projeto. Isso implica, por extensão, que por vezes a AED proponha ela própria alterações nos projetos mirando a alocação eficiente de recursos.

Assim, mais do que “um método que toma emprestado conceitos econômicos para facilitar a compreensão do Direito”, a AED é marcada por uma orientação à resolução prática de problemas jurídicos. Isso se expressa não apenas na esfera das atividades judiciais, mas também no âmbito administrativo e no processo legislativo: “[p]ara aqueles que têm a tarefa

de conceber reformas, oferece uma ferramenta que permite antecipar os efeitos e avaliar a oportunidade de promovê-las” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. xix).

A AED não está tão interessada em responder o que é o direito, mas mais propriamente em prever quais são as consequências do direito. É o que observamos no texto brasileiro *Introdução à Análise Econômica do Direito*: “[a] AED investiga o fenômeno jurídico à luz de suas consequências” (GICO JÚNIOR, 2011, p. 18). Não à toa um pesquisador do pensamento posneriano concluiu em sua dissertação de mestrado que o “consequencialismo” é a característica central da AED (RIEFFEL, 2006, p. 13). Esta caracterização, vale dizer, é compartilhada em análises críticas do movimento (cf. JASPER, 2010, p. 35-39; MORAIS DA ROSA, 2011, p. 82).

O argumento veiculado pelos expoentes da AED neste sentido é que, na maior parte dos casos observados no âmbito das atividades jurídicas, o direito é pensado a partir de pressupostos da moralidade, desconectando-se da realidade. As decisões judiciais, por exemplo, não costumam levar em consideração as suas consequências futuras para a sociedade como um todo. Para a AED, esta seria uma distorção a ser corrigida.

A proposta para esta “correção”, por sua vez, estaria na apropriação de instrumentos econômicos pelos aplicadores do direito como forma de medir as consequências jurídicas. Um dos mantras da AED é que os juristas têm muito a aprender com os economistas. E o motivo desta premissa é que, conforme argumenta Posner (1986), ao contrário do direito, a economia desenvolveu-se ao longo do século XX como *ciência*.

Devido a esta cientificidade, a AED seria uma espécie de antídoto para o enviesamento político da prática jurídica, um remédio que arroga a posição de neutralidade como patamar superior de compreensão do fenômeno jurídico. Sustentando esta posição de pretensa apoliticidade, o texto *A análise econômica do direito é “de direita”?*, escrito por um juiz brasileiro que compõe a diretoria da ABDE na gestão 2018-2019, resume bem a questão:

Sua proposta [da AED] é precisamente inversa: que o Direito deixe de ser um campo fértil para a atuação disfarçada de concepções ideológicas, mediante a adoção do método científico tal como aplicado nas ciências naturais. Outros campos de estudos sociais já passaram ou estão passando por essa transformação. Que a ideologia não faça o Direito perder o bonde da história. (BODART, 2018).

Tradicionalmente, são diversos os autores que sustentam que a AED constitui um “ramo científico” (ARAÚJO, 2015, p. xxiii) ou, mesmo, que o seu “sucesso” advém “exatamente de sua subsunção ao conceito moderno de ciência” (COELHO, 2007, p. 1). Posner defende a cientifização do direito por meio do empréstimo do saber econômico desde 1972, com a primeira edição de *Economic Analysis of Law*. Em 1989, mais enfaticamente, escreve:

Para mim o aspecto mais interessante do movimento direito e economia tem sido sua aspiração a posicionar o estudo do direito em bases científicas, com teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos das hipóteses. O direito é uma instituição social de enorme antiguidade e importância, e eu não vejo razão por que ele não deveria ser receptivo ao estudo científico. Economia é a mais avançada das ciências sociais, e o sistema jurídico contém muitos paralelos e convergências com o sistema que os economistas têm estudado com sucesso. (POSNER citado por COOTER e ULEN, 2016, p. 1).

Morton Horwitz, no artigo *Law and Economics: science or politics?*, de 1980, rebateu esta aspiração posneriana. O autor caracterizou a AED – em sua busca de cientifização do direito a partir da economia – como uma espécie de surfista do prestígio atribuído aos valores de objetividade, neutralidade e apoliticidade das ciências naturais. Ao mesmo tempo que isso explicaria a sua emergência e popularidade, também prenunciaria um iminente declínio.

Horwitz analisou um artigo de Posner de 1979 como um “indício dramático” da incapacidade de isenção política da AED. Com isso, observou que tais pretensões científicas estavam “rapidamente se desmoronando”. Apesar de o artigo ter errado na previsão em relação à fugacidade da AED, não podemos deixar de fazer menção ao estilo provocativo de seus argumentos: “[f]uturos historiadores do direito terão que exercer sua imaginação para descobrir porque tantas pessoas puderam levar a maior parte destas coisas a sério” (HORWITZ, 1980, p. 905).

De todo modo, o caso é que, três décadas depois, a AED permanece sendo um campo que se autopromove como a abordagem do fenômeno jurídico destacada por ter embasamento em uma espécie de cientificidade econômica. O debate sobre a politicidade da AED, igualmente, mostra-se presente ao longo destas décadas: desde o debate Posner-Horwitz na década de 1980 até o recente caso da polêmica Barroso-Lewandowski no STF.

Como vimos, a proposta da AED de cientificação econômica do direito está relacionada ao desenvolvimento de um método para que os juristas possam medir as consequências jurídicas. Em sua caracterização, o pragmatismo se revela como central: não faria sentido pensar sobre o direito a não ser para prever os seus efeitos. A cientificação é logicamente posterior ao consequencialismo.

Neste sentido, ao longo desta seção, vimos que alguns dos principais expoentes da AED são, no âmbito profissional, juristas práticos. No caso dos Estados Unidos, os principais exemplos são os juízes Richard Posner e Guido Calabresi. No Brasil não é diferente, com nomes como Bruno Bodart (Juiz de Direito), Cláudia Cristina Cristofani (Desembargadora Federal) e Márcia Carla Ribeiro (advogada na área empresarial e ex-Secretária da Administração e da Previdência do Estado do Paraná).

Com isso, é possível verificar em alguma medida que a AED possui uma implicação prática em dois sentidos: em uma via, exporta quadros para o exercício de atividades judiciárias ou administrativas; na outra, recebe inspiração para considerável parte de seu desenvolvimento em questões práticas trazidas da experiência de seus expoentes. Neste sentido, as obras introdutórias do campo da AED são enfáticas em afirmar a aplicabilidade prática do estudo do direito a partir da economia. Na literatura especializada sobre responsabilidade civil, muitas das obras trazem impresso o aspecto aparentemente técnico do uso de linguagem matemática. Os cursos de AED, por vezes, acabam ganhando um verniz de espaços de treinamento. Não à toa, em um seminário sobre o tema, um dos palestrantes disse que “o advogado é engenheiro de custos de transação”.⁵⁰

Com efeito, podemos compreender a relevância da orientação prática da AED à resolução de problemas jurídicos retomando a imagem da construção civil. Se as normas jurídicas são o desenho de uma espécie de *projeto jurídico*, a AED propõe cientificar o pensamento sobre o direito a partir do saber econômico e, no limite, de sua expressão em linguagem matemática. O objetivo da AED é construir prédios seguros, e por isso não está tão interessada nas normas em si, mas em suas consequências práticas. O jurista, com isso, aparece fundamentalmente como o *engenheiro* – na própria expressão citada acima – com

⁵⁰ Anotações da palestra proferida por Vinícius Klein com o tema “*AED nos contratos de distribuição*”, no Seminário *Análise Econômica do Direito em tempos de crise: investigações de ferramentas e mecanismos jurídicos de eficiência*, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 08 de junho de 2017.

responsabilidade técnica sobre a execução da obra. Em alguns casos, aparece também como o especialista técnico que subsidia a atividade dos arquitetos (AED no processo legislativo), promove o treinamento dos executores das obras (AED no âmbito administrativo) e, quando possível, formula projetos com menores exigências formais (AED no desenho de contratos).

E aqui notamos algumas curiosas aproximações entre a AED e o pensamento pachukaniano. Como vimos, para a crítica marxista ao direito, a norma jurídica apenas pode ser vista como derivação de relações existentes ou sintoma de probabilidade do “surgimento em um futuro próximo das relações correspondentes”. (PACHUKANIS, 2017a, p. 98-99). A norma jurídica é mero desenho no papel, ora retratando relações sociais existentes, ora projetando relações sociais futuras. A normatividade, com isso, interessa apenas secundariamente para a investigação do direito como fenômeno social objetivo. A raridade do exame da AED para o exercício da crítica marxista consiste em que, para esta, de modo semelhante (mas não coincidente), o que interessa não são as tentativas formalistas de sua explicação a partir de suas próprias tintas, mas sobretudo as consequências econômicas destes desenhos.

Tal semelhança, entretanto, é evidentemente superficial. Os fundamentos da busca por objetividade na investigação do direito se baseiam em fundamentos político-epistêmicos distintos entre si. A razão de ser da AED é a alocação eficiente de recursos no mercado, postulado que pretende universalizar como de interesse geral dos seres humanos a partir dos postulados da racionalidade econômica. O compromisso da crítica marxista ao direito, por sua vez, é com a práxis revolucionária na luta de classes e, no limite, com a extinção transitiva das relações jurídico-mercantis da sociedade burguesa. Onde a racionalidade econômica mira a alocação eficiente de recursos, a crítica marxista revela “uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas” que oculta a desigualdade das relações de produção (PACHUKANIS, 2017a, p. 97).

Na imagem da construção civil, a AED situa a execução do projeto do “edifício jurídico” (leia-se, doravante, cadeia de relações jurídicas) no inseguro terreno do mercado, característica marcante de sua orientação pragmática. A cientifização do direito se revela como argumento voltado a pressionar a organização estatal a assegurar a construção *eficiente* deste edifício, minimizando custos de transação e maximizando a alocação social de recursos.

Não à toa, um crítico estadunidense do movimento caracterizou a AED como “movimento que atribui ao direito a tarefa de aperfeiçoar ou mimetizar o mercado”. Horwitz, anti-marxista, curiosamente compara a AED com o “marxismo vulgar” na medida em que

“trata o direito como ‘superestrutura’, meramente refletindo o que é ‘real’ na ‘base’ da racionalidade econômica” (HORWITZ, 1980, p. 905).

Em relação a isso, é importante destacar que a crítica marxista ao direito não é legatária da divisão dicotômica entre os momentos infraestruturais e superestruturais do modo de produção capitalista (cf. PAZELLO, 2014, p. 212-213). De todo modo, nas leituras de Marx e Pachukanis, como vimos no primeiro capítulo, a produção de valor no processo de troca é uma mediação fundamental para a explicação do fenômeno jurídico, o qual a crítica marxista não explica tão somente em termos de abstrações circulacionistas. Assim, apenas nos valemos da imagem da construção civil aqui como recurso ilustrativo e didático. Na reconstrução totalizante concreto, as categorias produção, mercado e direito aparecem como unidade complexa de abstrações, e não como sugestões de uma separação hermética entre terreno econômico e edifício jurídico.

A partir desta reflexão, podemos tratar mais detidamente das outras duas características gerais da AED no que se refere ao seu modo de representar o fenômeno da violação do direito que destacamos no início da seção: a eficiência como conceito central (característica “ii”) e os limites da relação entre a ação da organização estatal e a dinâmica das relações jurídicas como questão de fundo (característica “iii”).

Estas duas características, de algum modo, já apareceram nos debates que iniciamos acima. Podemos começar a explicá-las mais detalhadamente, sem desvincular nossa análise da caracterização da AED por sua orientação pragmática, a partir de um exemplo hipotético. Abordaremos um caso simples: “A” causa danos a “B”. Trata-se de uma situação reiteradamente suscitada na literatura da AED e que, em especial, nos interessa por sua relação com o fenômeno da violação do direito.

Digamos que “A” é uma grande empresa mineradora, e “B” um morador próximo a uma barragem de rejeitos administrada por “A”. A barragem se rompe, e a lama de rejeitos destrói a casa de “B”. A vítima reivindica uma indenização pelos danos sofridos. De acordo com o que vimos, o olhar da AED para esta questão, a partir de suas linhas gerais, seria: (i) orientado pragmaticamente às consequências da resolução do litígio entre “A” e “B”, (ii) centrado na eficiência da alocação de recursos entre “A” e “B” na análise econômica desta consequências e (iii) voltado à delimitação da ação da organização estatal com o objetivo de permitir uma alocação de recursos eficiente.

Se o terreno do mercado é inseguro, o que neste caso é demonstrado com o risco de acidentes no desempenho da atividade mineradora, a AED se preocupa em prever as formas mais eficientes pelas quais a organização estatal pode incentivar a maximização da alocação de recursos entre as partes de uma relação jurídica. E isso não significa necessariamente prevenir ou evitar acidentes. Ou seja, em casos como este, trata-se de um campo voltado pragmaticamente a elevar a capacidade da organização estatal em oferecer segurança às operações de mercado e, além disso, incentivar comportamentos futuros eficientes. É o que aparece de modo bastante nítido em obras introdutórias ao estudo da AED: “Decidir uma disputa jurídica quase sempre envolve alocar recursos entre as partes. A decisão sobre quanto dos recursos fica com cada parte cria incentivos para o comportamento futuro, não apenas as partes na disputa, mas para todas que estão em situação semelhante.” (COTTEN e ULEN, 2016, p. 7).

A proposta da AED para cumprir esta tarefa está centrada na noção de eficiência, apropriada sobretudo a partir da inspiração em conhecidos trabalhos da área da economia desenvolvidos durante o século XX (HICKS, 1939; KALDOR, 1939). Posner apresenta o argumento em sua obra de 1972. Para o estadunidense, a racionalidade econômica em que se inspira a AED permite assumir que “o ser humano é um maximizador racional de seus propósitos de vida, de suas satisfações”. No âmbito do mercado e da produção, estes propósitos de vida se traduzem basicamente em “maximização de lucros”. (POSNER, 1986, p. 3-5).

No pensamento posneriano, a *eficiência* aparece como o conceito capaz de “possibilitar a criação de uma medida para todas as coisas, constituindo um verdadeiro critério de comensurabilidade” (RIEFFEL, 2006, p. 2). Isso significa para Posner, citando um influente economista a que ele faz constante referência, “deixar todos melhores do que antes ou, pelo menos, alguns melhores sem deixar ninguém pior” (KALDOR, 1939, p. 549-550). Trata-se de uma interpretação do ótimo de Pareto, sobre a qual falaremos mais adiante. Em síntese, Posner se vale desta interpretação para definir a eficiência como a “alocação de recursos em que o valor é maximizado” em uma situação em que “[o] ganhador pode compensar os perdedores, mas não necessariamente (nem sempre, de todo modo)” (POSNER, 1986, p. 12-13).

Em *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*, Flávio Galdino sustenta que, a partir desta conceituação inicial, a consolidação da AED como

campo assume como “questão central” a “eficiência econômica ou, mais precisamente, a maximização da eficiência econômica das instituições sociais e, dentre estas, também do Direito” (GALDINO, 2005, p. 242).

Vejam os que isso significa na análise de nosso exemplo. A pergunta que se coloca para a AED – em sua orientação pragmática – é prever qual forma de resolução do litígio entre “A” e “B” resultará em uma alocação eficiente de recursos. Até aqui há certo consenso no campo. As possíveis respostas para a questão, entretanto, são variadas. A proposta de Posner – exemplo que escolhemos para nossa análise – é embasada em uma surpreendente criatividade “científica”.

Baseando-se nos pressupostos da racionalidade econômica, Posner sustenta que, mesmo sobre o inseguro terreno do mercado, os agentes econômicos permanecem sendo maximizadores racionais de ganhos. Com isso, a solução para um caso de responsabilidade civil extracontratual é o desenvolvimento de uma ficção jurídica: o jurista deve imaginar um contrato hipotético entre “A” e “B” para determinar qual seria o ponto ótimo de eficiência encontrado pelos mecanismos barganha na distribuição dos riscos. Nas palavras de importantes divulgadores da AED, a solução é “adivinhar, nestes casos, como os interessados se comportariam se tivessem podido contratar” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 12).

Há uma grande influência de Coase nesta formulação. Em *The Problem of Social Cost*, o contrato já havia sido colocado “lógica e normativamente acima da responsabilidade civil extracontratual” (HORWITZ, 1980, p. 908). Se outras perspectivas que buscam tornar o fenômeno jurídico um objeto científico apenas se fecham logicamente com uma *norma hipotética fundamental* (KELSEN, 1998), aqui talvez estejamos diante de argumento semelhante na forma de um *contrato hipotético casuístico*.

Para resolver o caso do litígio entre “A” e “B”, o contrato fictício entre as partes é imaginado a partir da distinção entre *custo privado* e *custo de oportunidade*. O custo privado seria aquele que meramente rearranja a distribuição de bem-estar entre as partes, sendo irrelevante para a análise econômica baseada na eficiência. O custo de oportunidade, por sua vez, é aquele em que a violação do direito aparece como situação mais vantajosa. Trata-se de um custo social, na medida em que *não violar, neste caso, diminuiria a soma de ganhos sociais e resultaria em ineficiência* (POSNER, 1986 e 1999).

O processo judicial, por sua vez, não é a medida desejada pela perspectiva da eficiência econômica, na medida em que envolve mais custos de transação a serem arcados

pela sociedade – uma espécie de externalização dos custos privados pelas partes contratuais (POSNER, 1986). Há uma série de casos, entretanto, que apenas podem ser resolvidos de forma eficiente com a atuação da organização estatal. Nestes casos, a tarefa da AED é encontrar soluções eficientes para os litígios, de modo que a organização estatal incentive as partes e a sociedade em geral a evitar custos de oportunidade.

No caso de nosso exemplo, o jurista deveria analisar as opções de “B” diante das situações de risco de acidentes em que a atividade mineradora se insere. Se o custo com a prevenção do rompimento da barragem for maior do que o custo com a reparação por eventuais danos causados, a prevenção seria um custo de oportunidade a ser evitado na prestação jurisdicional. Ou seja, o rompimento da barragem seria mais eficiente, e a organização estatal deveria imitar “B” na opção por pagar as indenizações decorrentes do acidente. Para a determinação técnica do ponto ótimo entre uma variável e outra, a AED leva a sério a inspiração na econometria, apresentando uma considerável literatura marcada pela tendência de formalização matemática da relação entre custos com reparação e prevenção de acidentes (e.g. BROWN, 1973; SHAVELL, 1987).

Com a ilustração deste caso, entendemos estarem suficientemente discutidas as três principais características das linhas gerais de desenvolvimento da AED. Como ressalva, entretanto, é importante reafirmar que a solução para o litígio entre “A” e “B” apresentada a partir do pensamento posneriano não é o único argumento desenvolvido no campo. Escolhemos ela para nossa análise na medida em que é bastante representativa da combinação entre (i) a orientação pragmática, (ii) a centralidade da eficiência e (iii) a tematização da organização estatal na análise do fenômeno da violação do direito. Além disso, a análise da perspectiva de Posner nos deixa ainda indicados pontos importantes que voltarão a ser debatidos de modo mais aprofundado no decorrer da exposição, como a relação entre as responsabilidades contratual e extracontratual e a implicação da noção de custos de oportunidade para a investigação do fenômeno da violação do direito.

De modo geral, podemos perceber que a análise das linhas gerais da AED suscita um amplo leque de questões que merecem ser examinadas pela crítica marxista. Entretanto, seguindo a delimitação de nossa proposta de investigação, voltaremos nosso foco a partir de agora à assim chamada *teoria da violação eficiente do direito* – como o próprio nome sugere, diretamente relacionado ao nosso objeto de pesquisa.

2.2 VIOLAÇÃO EFICIENTE DO DIREITO: EXAME DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO NO CAMPO DA AED

O objetivo deste item é examinarmos a assim chamada *teoria da violação eficiente do direito*, inicialmente compreendendo de que modo este conceito se desenvolveu historicamente. Iniciaremos aqui por um exame geral do tema e, em seguida, analisaremos em etapas distintas os três autores que identificamos como os mais representativos de sua conformação.

De início, convém ressaltarmos que, mesmo dentro do próprio campo da AED, não há unanimidade em relação ao acerto das definições da teoria. Apesar de “largamente endossada na análise econômica do direito”, tendo também encontrado aplicabilidade em decisões judiciais nos Estados Unidos (EISENBERG, 2004, p. 8), há uma série de críticas aos seus argumentos realizadas sob uma diversidade de matizes, sobretudo o da própria discussão sobre sua imoralidade (MACNEIL, 1982; FRIEDMANN, 1989; SHAVELL, 2006).

Em relação a estas polêmicas, talvez não sem algum exagero, afirma um estadunidense estudioso do tema: “a mais amplamente conhecida, e mais amplamente criticada, abordagem econômica sobre direito contratual é a teoria da violação eficiente do direito” (KLASS, 2014, p. 362). De nossa parte, sem entrar aqui na seara destas extensas discussões, podemos afirmar que esta teoria guarda coerência com as linhas gerais de desenvolvimento da AED, estando o nosso interesse investigativo centrado em analisar de que modo ela representa o fenômeno da violação do direito dentro desta concepção.

Em relação ao aspecto terminológico do conceito, nosso levantamento indicou que a expressão “*efficient breach*” foi utilizada pela primeira vez em um estudo sobre contratos publicado em 1970 pelo estadunidense Robert Birmingham. Anos mais tarde, com o uso da expressão “*theory of efficient breach*” (GOETZ e SCOT, 1977), pela primeira vez se falou em uma *teoria* da violação eficiente do direito – termo que passou a ser mais difundido na literatura da doutrina contratual estadunidense. De modo geral, porém, é com Richard Posner

que a divulgação do conceito – aparecendo desde a primeira edição de sua principal obra, *Economic Analysis of Law*, em 1972 – ganhou projeção no campo da AED.⁵¹

No contexto nacional, as primeiras referências ao conceito são encontradas na década de 2000: o texto *Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner* (DIAZ, 2004) e a resenha *O contrato, de Enzo a Vincenzo* (VANZELLA, 2005). De modo geral, nota-se no ambiente acadêmico brasileiro, a começar por estas primeiras menções, uma crescente produção sobre o tema, mas ainda pouco expressiva em comparação com os Estados Unidos, país onde a teoria surgiu e se desenvolveu.⁵²

Nos trabalhos brasileiros identificados, encontramos com maior frequência a tradução de “*efficient breach*” para a expressão “inadimplemento eficiente” (PERRI, 2017), também havendo quem opte por “rompimento eficiente” (IOLOVITCH, 2016), “descumprimento eficiente” (RIBAS, 2016) e “violação eficiente” (BONNA, 2015). De nossa parte, entendemos que a tradução mais adequada é esta última.⁵³

Começando pelo avesso, apresentaremos, desde já, alguns pontos centrais da *caracterização da teoria da violação eficiente do direito* a que chegamos em nossos estudos. Em síntese, trata-se de uma representação conceitual que resulta de debates acadêmicos estadunidenses situados no campo da AED acerca das regras jurídicas de responsabilidade civil os quais passaram a se condensar em uma autoproclamada teoria. A ideia central destes debates pode ser resumida do seguinte modo:

⁵¹ São também estes os apontamentos indicados em estudos específicos sobre o tema (cf. AKAISHI, 2010; KLASS, 2014; PERRI, 2017).

⁵² Foi realizada pesquisa no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES com uso dos seguintes indicadores: “*efficient breach*”, “inadimplemento eficiente”, “violação eficiente” e “rompimento eficiente”. Foi localizada apenas uma dissertação de mestrado (IOLOVITCH, 2016) e uma tese de doutoramento (PERRI, 2017). Na plataforma Google Acadêmico, foi realizado o mesmo procedimento, tendo sido identificados trabalhos em língua portuguesa contendo “*efficient breach*” (54), “inadimplemento eficiente” (29), “violação eficiente” (4) e “rompimento eficiente” (7). Ainda na plataforma Google Acadêmico, foi realizada pesquisa sem restrição de idioma com o indicador “*efficient breach*”, resultando em 4.870 resultados. Analisaremos os trabalhos mais relevantes identificados neste levantamento.

⁵³ A consulta a dicionários especializados apontou como traduções preferenciais para o substantivo “*breach*” as palavras *descumprimento*, *infração*, *violação* e *inadimplemento* e para o verbo “*breach*” a palavra *violar* (CASTRO, 2013). Entendemos que “violação” é a expressão com maior capacidade de abranger traduções para as expressões vão desde “*breach of contract*” (violação do contrato) até “*breach of law*” (violação do direito), expressões que aparecem nos textos que serão analisados. Nas situações em que a palavra *breach* aparece sem predicativo, traduziremos por *violação do direito*, evitando ambiguidades que, em nossa língua, outras noções do ato de violar poderiam ocasionar.

Mas em alguns casos, uma parte pode ser tentada a quebrar o contrato simplesmente porque seu lucro na violação excederia a sua expectativa de lucro na realização do contrato. Se o seu lucro originado da violação também exceder o lucro esperado da outra parte na realização do contrato, e a indenização for limitada à perda desta expectativa de lucro, haverá um incentivo para que se cometa a violação. (POSNER, 1986, p. 107).

De início, devemos observar que a *responsabilidade civil* é um conceito central para compreendermos o sentido dos argumentos da formação do conceito de violação eficiente do direito. No campo da prática dos juristas, trata-se de modo geral da categoria que opera como *mediação entre os fatos que causam danos a alguém e a reparação destes danos atribuída ao ofensor*. Neste sentido, para uma das mais difundidas doutrinas nacionais do direito civil, “[a] responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma, praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (DINIZ, 2015, p. 35). É basicamente este o objeto da teoria da violação eficiente do direito: o debate a partir da noção de eficiência sobre a relação entre dano e reparação.

Em relação a isso, cabe observar que a responsabilidade civil se divide em dois grandes objetos: os danos decorrentes de violação contratual e os causados independentemente da existência de relação contratual. No Brasil, as categorias correspondentes a esta divisão são, respectivamente, a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual; na tradição estadunidense, respectivamente *breach of contract* e *torts*. Nos argumentos da AED em seguida analisados, há uma forte centralidade na abordagem do primeiro destes, ou seja, do fenômeno da violação contratual.

Em síntese, há um grande debate que se coloca no campo do direito contratual estadunidense sobre os limites da atuação estatal nos casos em que um contrato é violado. Este debate costuma ser indicado pela expressão remédios contratuais (*contract remedies*). Mais concretamente, pode ser resumido na seguinte pergunta: em um litígio decorrente de uma violação contratual, caberia ao juiz incentivar o cumprimento do contrato (*enforcement*) ou meramente garantir a indenização à vítima nos limites dos danos que ela sofreu (*just compensation*)?

A doutrina aponta diversos remédios para cada uma destas hipóteses. No primeiro caso, os principais remédios indicados são: (1.1) indenizações punitivas (*punitive damages*);

(1.2) reversão dos ganhos que a parte violadora obteve com a violação (*disgorgement* ou *restitution*); e (1.3) obrigação da execução da promessa contratualmente especificada (*specific performance*). Na segunda hipótese: (2.1) restituição da vítima considerando a posição que estaria se não tivesse entrado no contrato (*restitution measures*); e (2.2) reparação integral à vítima considerando a posição que estaria se o contrato houvesse sido executado (*expectation damages*).

Para a teoria analisada, a atuação eficiente da organização estatal é aquela que encoraja a violação do contrato nas condições em que esta opção representa um acréscimo de “bem-estar social” – o que, traduzindo, se reduz neste caso à soma monetária dos ganhos individuais entre ofensor e vítima. Ou seja, entre as cinco opções elencadas acima, apenas a indenização baseada na expectativa da vítima na realização do contrato “fornece às partes incentivos eficientes” e “maximiza o bem-estar social” (KLASS, 2014, p. 363 e 366).

Em uma relação contratual entre “A e “B” em que “A” viola o contrato, por exemplo, a regra eficiente é aquela pela qual “A” deve pagar à vítima uma indenização que a coloque na mesma situação que estaria se o contrato houvesse sido executado. Passaremos a denominar esta opção, conforme o uso da dogmática contratual brasileira, de *reparação integral*, identificada, no quadro acima, na opção 2.2.⁵⁴

E aqui entramos em um ponto relevante ao desenrolar de nossa exposição. A questão que passaremos a debater é a seguinte: em que medida a noção de *segurança jurídica* se opõe à violabilidade do direito para a AED? Mais concretamente: em um caso de violação contratual entre “A” e “B”, por exemplo, o princípio da segurança jurídica representa a orientação de que o Estado atue de forma a garantir que as partes cumpram suas promessas ou, ao revés, a permitir que as partes violem o contrato e dele se liberem mediante o pagamento de indenizações equivalentes?

Conforme veremos, na argumentação que leva a teoria da violação eficiente do direito à defesa da reparação integral como regra de responsabilidade civil está implícita uma disputa mais ampla pelo conteúdo da noção geral de *segurança jurídica*, um dos motivos pelos quais

⁵⁴ A reparação integral aparece na doutrina contratual brasileira como o princípio pelo qual “a indenização deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo para que também não sirva de causa para o seu enriquecimento injustificado”. Na expressão francesa “*tout le dommage, mais rien que le dommage* [todo o dano, mas nada mais do que o dano]”. (SANSEVERINO, 2010, p. 57).

esta investigação nos interessa não apenas para pensar a violação contratual, mas o fenômeno da violação do direito em geral.

De nossa parte, novamente com inspiração no exercício antropológico do estranhamento, queremos neste capítulo não apenas analisar a representação do fenômeno da violação do direito pela AED de forma íntima (transformando-a em um campo “familiar”), mas também fazer o oposto com o conceito de segurança jurídica, o qual agora trazemos à análise (transformando-o em um objeto “exótico”). Em nossos estudos a partir deste exercício, propomo-nos a compreender quais respostas para as perguntas acima formuladas poderiam ser encontradas nos argumentos que conformam a teoria da violação eficiente do direito.

A surpresa com a qual nos deparamos, conforme demonstraremos ao longo do capítulo, é que para a perspectiva efficientista do fenômeno da violação do direito, *a segurança jurídica não está no cumprimento dos contratos, mas nas condições de eficiência para que os contratantes possam calcular a melhor opção entre cumpri-los ou violá-los*. Esta perspectiva, por sua vez, carrega a assunção de determinada posição política em relação aos limites da ação estatal, os quais são dados abstratamente pelas regras de responsabilidade civil. Sustentam os efficientistas que, no caso do contrato, a vítima da violação contratual deve ser colocada na exata posição econômica que estaria se o contrato fosse cumprido. Nem um centavo a mais ou a menos: eis o ponto ótimo de eficiência da violação contratual fixado pela teoria da violação eficiente do direito.

A construção do conceito de violação eficiente do direito revela a garantia da elegibilidade entre cumprir ou violar como o surpreendente conteúdo do conceito de segurança jurídica que dela pode ser extraído. Mais do que debates meramente descritivos, seus expoentes justificam com certa roupagem de conhecimento científico especializado, e com isso não deixam de exercer pressão política a partir da veiculação acadêmica de seus argumentos, determinados limites à regra de responsabilidade civil e à atuação estatal nos litígios.

Os estudos revelam também que a teoria da violação eficiente do direito é ao mesmo tempo economicamente normativa (justificando e pressionando quais devem ser os limites de atuação estatal determinados pelas regras de responsabilidade civil) e juridicamente adeontológica (descrevendo o direito mais como opção do que como dever-ser). E isso talvez ajude a explicar por que a AED é hoje um campo em ascensão entre pesquisadores

identificados a determinado campo político da comunidade acadêmica. Trata-se do material não marxista mais avançado que pudemos encontrar em relação aos esforços de, ao mesmo tempo, separar o fenômeno jurídico das esferas da moral e da religião sem cair no normativismo jurídico de matriz kelseniana incapaz de explicar a realidade jurídica senão como dramaturgia deôntica.

A preocupação pragmática da AED é notória, e com isso os seus expoentes se destacam como intelectuais capazes de fornecer respostas práticas à classe da qual suas ideias se aproximam. Neste sentido, é curioso notar que a formação da AED e a sua ascensão a partir da década de 1970 coincidem com o período de agravamento da crise mundial de acumulação capitalista – e, nisso, coincidem também com a retomada dos estudos do debate jurídico soviético no continente europeu. Isso nos leva a pensar que os produtos teóricos da AED, dos quais o conceito de violação eficiente do direito é apenas um exemplo, não são outra coisa senão um conjunto de generalizações e abstrações “trabalhadas pelos juristas burgueses e que se originam da necessidade de sua própria época e de sua própria classe” (PACHUKANIS, 2017, p. 80).

No Brasil, por sua vez, a AED vem se consolidando mais firmemente como campo apenas na década atual, marcada por um novo período histórico de agravamento da crise, e no qual – a mesma coincidência, mas agora em terreno nacional – também se nota uma retomada do estudo da crítica marxista ao direito. A tarefa a que estamos nos propondo, reafirmando que se trata de um exercício de aproximação, é explorar justamente esta oposição: examinar, a partir da crítica marxista, a forma do pensamento burguês produzida a partir da segunda metade do século XX sobre o fenômeno da violação do direito materializada no caso da teoria da violação eficiente do direito. Algumas das principais conclusões a que chegamos sobre este conceito já foram indicadas acima; vejamos, ao longo do capítulo, a exposição dos movimentos de investigação que nos levaram a elas.

2.2.1 Coase e o “direito” de causar danos como fator de produção⁵⁵

Começaremos nossa análise por um artigo produzido dez anos antes do primeiro uso da expressão “violação eficiente do direito” na literatura acadêmica. Referimo-nos ao já mencionado *The Problem of Social Cost*, artigo de Ronald Coase publicado em 1960 no periódico da Universidade de Chicago *The Journal of Law and Economics*.

Escolhemos começar a análise com ele por dois motivos: (i) trata-se do trabalho cuja publicação é comumente identificada como o marco da formação da AED como campo do conhecimento, sendo até hoje amplamente referenciado em pesquisas da área; (ii) no conteúdo, o artigo trata da questão da relação entre danos e reparação a partir da noção de custos de transação, abordagem que em certa medida abre caminhos para o posterior desenvolvimento da teoria da violação eficiente do direito.

É nesta publicação, cujo título pode ser traduzido por *O Problema dos Custos Sociais*, que Coase propõe um giro na análise econômica dos arranjos sociais. Para o estadunidense, estes deveriam abranger também as externalidades, então vistas tradicionalmente como falhas de mercado evitáveis pela regulação estatal. Com isso, Coase formula a proposta, em síntese, de dirigir o olhar das análises econômicas também às externalidades, divergindo, ao menos neste sentido, das abordagens marginalistas. Nas palavras do autor, “o problema deve ser olhado na totalidade e na margem” (COASE, 1960, p. 2).

Em seu aspecto central, a argumentação de Coase se dirige especialmente contra o pensamento de economistas intervencionais, a “*left wing*” estadunidense do bem-estar social, em relação à garantia da responsabilidade civil pelo Estado. Enquanto o argumento destes defendia políticas de internalização dos custos sociais (externalidades), o argumento de Coase é que a melhor solução seria mimetizar o mercado para encontrar o arranjo escolhido pelas próprias partes em um contrato hipotético. São basicamente estas as mudanças na abordagem da análise econômica que caracterizam o artigo como um marco na trajetória histórica da AED.

⁵⁵ Tratamos em outro momento do artigo de Ronald Coase que será abordado neste item (cf. UCHIMURA; LIMA, 2018). Trata-se, em grande medida, do estudo exploratório que nos conduziu à aproximação da problemática desta dissertação.

Coase inicia a sua argumentação com o exemplo fictício de dois proprietários rurais vizinhos entre si: um criador de gados e um agricultor. Entre os terrenos desses vizinhos, na imagem sugerida pelo autor, não há nenhuma cerca construída. Isso torna possível que o rebanho do primeiro se disperse e entre na propriedade do segundo, destruindo a sua plantação. No caso, o problema que logo surge, tanto ao criador quanto ao agricultor, é decidir entre duas opções, um típico *trade-off*: construir ou não uma cerca entre os terrenos para evitar que esses prejuízos aconteçam.

Em síntese, na análise econômica realizada por Coase, o que deve determinar a decisão pelo cercamento ou não do terreno é a melhor alocação de recursos do ponto de vista social – e “social” tem aqui um sentido próximo à soma de ganhos individuais. O autor passa, assim, à tabulação dos custos com a construção da cerca em comparação aos custos com a destruição da colheita, examinando o problema em dois cenários distintos de responsabilidade civil: (i) um arranjo social em que a regra atribui ao criador de gados o dever de reparar os danos causos e (ii) um arranjo social em que não existe tal atribuição.

Basicamente, Coase está preocupado com os custos das operações de mercado, aos quais ele atribui a categoria custos de transação, retomando a proposta analítica anteriormente exposta em *The Nature of the Firm* (COASE, 1937). Para verificar o que será mais eficiente aos dois vizinhos, Coase emprega um exemplo aritmético aleatório, procurando demonstrar que, em um regime de custos de transação zero, independentemente do arranjo social adotado, a alocação eficiente de recursos será atingida por meio das decisões racionais e dos mecanismos de barganha entre os vizinhos. Em seguida, o autor afirma que o regime de custos de transação zero é apenas hipotético, ou seja, na realidade existem maiores ou menores custos de transação gerados pelos arranjos jurídicos. Ou seja, inevitavelmente as operações de mercado têm custos.

Com base nisso, pode-se chamar de Teorema de Coase a seguinte fórmula: “se as transações têm custo zero, o arranjo inicial de direitos de propriedade não determinarão o uso final da propriedade”. Tal teorema, assim proposto e comentado por Posner, estabeleceu “um modelo [*framework*] de análise da atribuição dos direitos de propriedade e da responsabilidade civil em termos econômicos”, tendo sido generalizado na forma do argumento de que “muitas das doutrinas e instituições do sistema jurídico são mais bem compreendidas e explicadas como esforços de promover a alocação eficiente de recursos” (POSNER, 1986, p. 7 e p. 20). Uma das consequências políticas da adoção deste teorema é

que, “para evitar altos custos de transação entre os agentes econômicos, o Estado deve facilitar tais transações com o objetivo de maximizar a riqueza” (ZANATTA, 2012, p. 35).

Para além das conclusões de Coase sobre a relação entre a atuação estatal e a alocação eficiente de recursos, o ponto que merece destaque aqui é o seguinte: em seu estudo de caso sobre o criador de gados e o agricultor, Coase assume como ponto de partida que, enquanto agentes racionais, os vizinhos apenas farão o cercamento, em qualquer cenário, quando os custos com obra e manutenção da cerca forem menores do que o custo com o prejuízo da colheita. Esse pressuposto pode ser extraído, por exemplo, do seguinte trecho: “é claro, pode ser mais barato para o criador de gados não cercar e pagar pela colheita danificada” (COASE, 1960, p. 3). A opção de indenizar os danos causados aparece nitidamente representada em conceitos mercadológicos: “mais *barato*” e “*pagar* pela colheita danificada”.

Como decorrência dessa premissa assumida e da aplicação de sua nova abordagem da análise econômica, Coase apresenta – pela primeira vez delimitado de modo tão direto – o problema da relação entre custos com prevenção (construção e manutenção da cerca) e custos com reparação (indenização pela colheita danificada) sob a forma de variáveis dependentes entre si.

É esta forma de enfrentar o problema jurídico que inspirou, nos anos seguintes, uma série de juristas e economistas a buscarem métodos de formalização matemática no desenvolvimento da AED. Um exemplo pioneiro neste sentido é o trabalho de John Prather Brown, na qual o estadunidense traduz sistemas de responsabilidade civil em sofisticados modelos matemáticos. Visualmente, o resultado é um texto sobre o fenômeno jurídico repleto de fórmulas e gráficos demonstrativos que convencionam determinada simbolização: enquanto X representa os gastos com prevenção pelo agressor, Y representa os gastos com prevenção pela vítima, de modo que a curva resultante da relação entre essas variáveis, representada por $P(X, Y)$, pode indicar um ótimo de minimização do total de custos sociais (BROWN, 1973).

Outro exemplo que podemos indicar para demonstrar os caminhos abertos pela mudança de abordagem colocada pela proposta coaseana é a obra de outro conhecido expoente da AED: Steven Shavell. No livro *Economic Analysis of Accident Law*⁵⁶, por

⁵⁶ Em tradução livre, *Análise Econômica da Legislação Sobre Acidentes*.

exemplo, a proposta de matematizar a responsabilidade civil é tal que o autor percorre onze capítulos dissertando sobre custos com prevenção de acidentes e, em apêndice a cada etapa, transcreve em linguagem matemática todo o conteúdo de sua análise (cf. SHAVELL, 1987).

Retornando ao artigo de Coase, há um ponto central de sua conclusão que nos interessa para, com ele, transitarmos para a análise dos trabalhos em que aparece diretamente o conceito de “violação eficiente”. Pois bem, o autor conclui emblematicamente que “o direito subjetivo de fazer algo com efeitos prejudiciais (como emitir fumaça, barulho, odores etc.) também é um fator de produção”. Para não haver dúvidas quanto à tradução, é este o texto original: “*the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production*” (COASE, 1960, p. 44).

Causar danos, assim, é para Coase um direito subjetivo (*right*). Mas não apenas: é um direito subjetivo a ser considerado pelas unidades produtivas na organização de sua produção. Coase apresenta algo importante para examinarmos. O que está implícito na citação é que, nos marcos da concorrência capitalista, quem não leva em conta a possibilidade de causar danos sai perdendo. Ganha, por outro lado, quem melhor organiza a produção ao identificar as opções jurídicas “mais baratas” – ainda que esta venha a ser a de “pagar pela colheita danificada” ou, de modo geral, “fazer algo com efeitos prejudiciais”. É uma imposição tendencial do capitalismo, em síntese, que a relação entre danos e reparação, nos marcos da responsabilidade civil, seja calculada pelas unidades concorrentes.

Evidentemente, esta imposição não é uma grande descoberta de Coase sobre o capitalismo. Mas o caso é que a formulação presente na nova abordagem proposta pelo estadunidense, no curso do desenvolvimento da AED, conduziu os seus expoentes ao desenvolvimento de novas representações da questão e, conseqüentemente, à produção de um novo modo de pensar o fenômeno da violação do direito. Aliás, neste aspecto a sigla AED já mereceria um acréscimo consonantal, aparecendo já com a cara de uma “AEVD”, quer dizer, de uma “análise econômica da violação do direito”.

Como vimos, entre os conceitos apropriados pelo campo da AED – entre nós, “AEVD” – na representação da violação do direito está o de eficiência. No próximo item, veremos de que modo esta apropriação se verticalizou na formulação de um novo conceito – *violação eficiente do direito* – e quais são as implicações que podemos extrair das argumentações envolvidas em seu processo de consolidação.

2.2.2 Birmingham, a mobilidade das mercadorias e a garantia da equivalência contratual

A sistematização do conceito de violação eficiente do direito (*efficient breach*) foi realizada pela primeira vez em um estudo publicado em 1970 sobre a responsabilidade civil contratual intitulado *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency* (doravante, utilizaremos *Breach of Contract* como forma abreviada).⁵⁷ Segundo Cláudia Perri (2016), principal estudiosa do tema no Brasil, trata-se da primeira vez que o conceito *efficient breach* foi utilizada no campo jurídico.

Trata-se de um artigo do estadunidense Robert Birmingham, à época professor do curso de direito na Universidade de Indiana. O contexto de sua relação com o campo da AED – do qual o artigo *Breach of Contract* é expressão – pode ser compreendida a partir de seu doutoramento em economia, em cursos oferecidos sobre “*Law and Economics*” na Universidade de Connecticut e em outras publicações relacionadas à área, entre as quais o verbete *Reliance* (confiança) na obra *The Palgrave Dictionary of Law and Economics*.⁵⁸

No artigo que analisaremos, distintamente em relação ao exemplo trabalhado por Coase, a análise se delimita ao fenômeno contratual. Enquanto Coase conclui o seu argumento tratando de danos como emissão de fumaça e odores, em geral extracontratuais, Birmingham trata especificamente dos danos causados em decorrência de violações de promessas contratualmente formalizadas entre duas partes.

De início, é importante observamos que o desenvolvimento do conceito de violação eficiente parte de uma lúcida contextualização da historicidade do fenômeno contratual. Na introdução do artigo, Birmingham apresenta a premissa de que o principal fator explicativo da formação de contratos é a oferta de *oportunidades de ganhos* para as partes ocasionada na relação de cooperação. O contrato, neste sentido, é referido como o mecanismo jurídico apropriado para o sistema econômico das trocas livres,⁵⁹ ou seja, para o modo de produção capitalista. A partir disso, Birmingham aponta o seguinte: “os postulados fundamentais do

⁵⁷ Em tradução livre, *Violação do Contrato, Extensão da Indenização e Eficiência Econômica*.

⁵⁸ Informações obtidas em página sobre Birmingham disponível na plataforma da Universidade de Connecticut: <<https://www.law.uconn.edu/faculty/profiles/robert-l-birmingham>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

⁵⁹ Para expor este ponto de vista, o autor faz uso da seguinte citação: “O contrato, neste ponto de vista, é o mecanismo jurídico apropriado para um sistema econômico baseado nas livres trocas em comparação com a tradição e o costume ou o comando de distribuição de recursos” (KESSLER e SHARP citados por BIRMINGHAM, 1970, p. 274, nota 3).

direito contratual estão assim, inevitavelmente, relacionados de modo próximo às premissas do sistema da liberdade de empresas” (BIRMINGHAM, 1970, p. 273-274).

Ainda em relação ao aspecto histórico do contrato, podemos apresentar as reflexões de Birmingham a partir da seguinte pergunta: antes do século XVI, o que ocorreria em decorrência da violação de uma promessa informal realizada entre duas pessoas, digamos, de “A” para “B”? Para o estadunidense, a resposta é que, ainda que fosse observada uma ação decorrente da violação, esta não seria propriamente jurídica, já que “regras de direito contratual bem articuladas são um produto de elaboração posterior” (BIRMINGHAM, 1970, p. 273). Citando o trabalho *Legal Realism*, de Grant Gilmore (1961), o artigo aponta que o direito contratual é, para a Inglaterra e os Estados Unidos, uma invenção do século XIX, tendo o contrato jurídico ganhado existência no curso da revolução industrial.

Com isso, mesmo que sem dizê-lo, Birmingham ressalta o momento histórico apontado pela crítica marxista – como vimos no capítulo anterior – em que o direito se torna uma relação social específica. As promessas informais situadas antes do desenvolvimento completo do capitalismo, sem que houvesse a garantia conferida pela forma jurídica da relação entre sujeitos de direito, não seriam especificamente jurídicas, tampouco a ação observada em decorrência da violação destas promessas. É interessante observar, portanto, que o contrato – modelo fundamental da relação jurídica, na expressão de Kashiura Júnior (2009) – é apontado por Birmingham, teórico da violação eficiente do direito, como uma invenção humana relacionada à revolução industrial.

A partir da apresentação deste contexto, o artigo *Breach of Contract* volta-se à análise da questão da violação do contrato. Birmingham analisa o sistema de responsabilidade civil no direito estadunidense com base em uma formulação extraída do caso *Robinson v. Harmon*: “que quando uma parte sustenta uma perda em razão de uma violação de contrato, ela deve, até onde o dinheiro pode fazê-lo, ser colocado na mesma situação, em relação aos danos, como se o contrato tivesse sido executado” (BIRMINGHAM, 1970, p. 274).

Tal regra se identifica com o que anteriormente nos referimos com o conceito de *reparação integral da vítima* – a indenização considerando a expectativa da posição em que estaria se o contrato houvesse sido executado. O objetivo do artigo, prossegue o autor, seria então desenvolver uma justificativa econômica, menos carregada de valores morais, para a existência desta regra.

Para o autor, a doutrina contratual tradicional não consegue explicar, a não ser com fundamentos de base moral, o funcionamento da relação entre a violação do contrato e a indenização de reparação dos danos decorrentes da violação. Eis que a proposta do artigo não é outra senão a de apresentar uma justificativa mais objetiva para a instituição da reparação integral como regra da responsabilidade civil – nas palavras do autor, “uma justificativa menos introspectiva está disponível” (BIRMINGHAM, 1970, p. 292).

É necessário observar neste momento que o artigo que analisamos se refere ao caso dos Estados Unidos. Evidentemente, há especificidades na organização político-jurídica estadunidense que devem ser consideradas. Um dos principais fatores de distinção com o caso brasileiro é que aqui a regulação se dá pelo formato de origem romano-germânica (*civil law*), enquanto lá pelo formato consuetudinário (*common law*). Em poucas palavras, podemos resumir dizendo que na jurisdição estadunidense os precedentes judiciais possuem um peso maior do que na brasileira.

Deste modo, o debate travado por Birmingham sobre a regra formulada no caso *Robinson v. Harmon* não se confunde com o que seria um debate sobre a legislação que regula os limites da responsabilidade civil no caso do Brasil. Em ambos os casos, podemos dizer, trata-se de um debate muito mais sobre o fenômeno político do que sobre o jurídico, mas naquele caso mais voltado à forma político-judiciária e neste à forma político-legislativa da organização estatal. Entretanto, ressalvada esta distinção sobre a qual não entraremos em maiores detalhes,⁶⁰ o que nos cabe entender aqui é que a argumentação de Birmingham independe da regulação concreta extraída do caso *Robinson v. Harmon*, a qual apenas lhe serve de base para a exposição. De todo modo, não podemos dizer que esta regra represente o posicionamento unânime das cortes estadunidenses, figurando apenas como uma das diversas soluções nelas adotadas.

Assim, o que nos interessa na análise do artigo de Birmingham está muito mais voltado para os argumentos que são desenvolvidos em relação à pergunta genérica que apresentamos no início desta seção: *em casos de violação, caberia à organização estatal*

⁶⁰ Sobre a aplicabilidade da teoria da violação eficiente do direito em sistemas *civil law*, ver o artigo *Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?* (SCALISE JUNIOR, 2007) e a tese de doutoramento *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais* (PERRI, 2017).

induzir o cumprimento dos contratos ou meramente garantir a indenização à vítima nos limites dos danos que ela sofreu?

A resposta de Birmingham é que as violações eficientes dos contratos não devem ser desencorajadas. É socialmente desejável, na visão do autor, que o conteúdo moral das promessas formalizadas em contrato seja eliminado em nome da eficiência na alocação de recursos. E é isso que expressa a regra do caso *Robinson v. Harmon*, sendo a sua “justificativa menos introspectiva disponível” a proveniente da análise econômica. Vejamos como o argumento se desenvolve.

Um dos pontos centrais da argumentação de Birmingham está na formulação da eficiência presente no conceito de ótimo de Pareto em sua adaptação por Kaldor e Hicks, já mencionado em outro item, também chamado de “Princípio da Compensação de Kaldor-Hicks” (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 74). O autor explica o sentido deste conceito citando a mesma passagem que utilizamos em nossa exposição: “deixar todos melhores do que antes ou, pelo menos, alguns melhores sem deixar ninguém pior” (KALDOR citado por BIRMINGHAM, 1970, p. 278; KALDOR, 1939, p. 549-550).

A aplicação deste conceito na análise econômica da violação do contrato, por sua vez, é observada nas “mudanças de estados econômicos cujo movimento, ao beneficiar qualquer indivíduo, podem ser feitas apenas ao custo da ofensa a outro [*at the cost of injury to another*]” (BIRMINGHAM, 1970, p. 278). Em outras palavras, na interpretação de Birmingham, a aplicação do ótimo de Pareto/Kaldor-Hicks resulta na concepção de que a violação eficiente do contrato pressupõe a assunção de um custo de ofensa pela parte violadora.⁶¹

Na interpretação de Birmingham sobre o ótimo de Pareto, percebe-se o abandono da noção de felicidade presente na clássica formulação benthamiana da filosofia utilitarista. A eficiência, distintamente da utilidade, se manifesta fenomenicamente em termos puramente

⁶¹ Em relação ao ótimo de Pareto, é necessário observamos algumas ressalvas. Este conceito muitas vezes é defendido com base na seguinte retórica: se ninguém perde, como poderia alguém ser contra? Porém, o que está escondido por trás da aparente defesa do bem coletivo nesta pergunta é que – ao menos na argumentação de Birmingham que analisamos – este perde-ganha se reduz absolutamente ao jogo do acúmulo de capital sob a forma dinheiro, e este não é um jogo que está no horizonte da absoluta maioria da população global explorada e não proprietária. O que a crítica marxista revela, pelo contrário, é o óbvio: este “ganho”, evidentemente, não nasce do fato da violação contratual, mas em algum lugar do circuito da produção na exploração de um ser humano pelo outro.

quantitativos de ganhos monetários. Isso talvez porque o pensamento econômico da segunda metade do século XX, já hegemônico pelo movimento de matematização da economia (LIMA, 1999), reunisse agora condições para incidir sobre o direito também como um objeto analiticamente quantificável.

Pois bem, a linha de argumentação de Birmingham neste sentido pode ser visualizada de modo mais efetivo em um exemplo. A nossa proposta consiste em imaginarmos uma relação contratual estabelecida entre “A” e “B”, sendo que em determinado momento “A” viola o contrato. Digamos que “A” se comprometeu a entregar cem sacas de café a “B”. Devido a uma oferta mais vantajosa disponível no mercado, “A” não realiza tal entrega.

Para Birmingham, se a violação do contrato por “A” tiver por resultado o aumento de seu ganho econômico, desde que este não prejudique “B”, deixando-o no mesmo estado que estaria se houvesse sido realizada a entrega das cem sacas de café, a violação do contrato será eficiente nos marcos da eficiência econômica baseada no ótimo de Pareto/Kaldor-Hicks. Em outras palavras, “A” agirá de modo eficiente ao violar o contrato desde que, ao incrementar seu ganho, deixe “B” – retomando a formulação do caso *Robinson v. Harmon* – “na mesma situação, em relação aos danos, como se o contrato tivesse sido executado”. Como explica Cláudia Perri: “se os custos a serem suportados pelo devedor com o cumprimento do acordo forem maiores do que os custos que tiver de suportar com as consequências de seu inadimplemento [...], o inadimplemento será considerado eficiente” (PERRI, 2017, p. 130).

Em síntese, a promessa informal de que anteriormente tratava Birmingham agora, no capitalismo, se realiza sob a forma jurídica – na crítica marxista, a forma que garante a relação de troca entre sujeitos de direito. É esta formalização contratual que, como podemos observar, torna a violabilidade da promessa uma possibilidade mais adequada ao capitalismo. Assinar um contrato é assumir uma promessa que pode ser *juridicamente* violada. E aqui um importante detalhe: a relação eficiente de compensação decorrente da violação vai apenas “até onde o dinheiro pode fazê-lo”.

No terreno das relações jurídicas, a comparação entre as situações de “B” antes e depois da violação do contrato por “A” é fundamentalmente baseada em termos monetários. A lógica da relação jurídica, monetizando esta promessa, cria as condições objetivas para que, na visão de Birmingham, esta violação seja comparativamente eficiente, ou seja, incrementalmente não apenas os ganhos de “A”, mas a soma social dos ganhos individuais, resultando em uma melhor alocação de recursos.

O que é necessário observarmos a partir da crítica marxista em primeiro lugar é que há algo a ser revelado na análise da regra da responsabilidade civil baseada na reparação integral, ou seja, da regra de que a consequência jurídica da violação do contrato é o dever de deixar a parte ofendida “na mesma situação, em relação aos danos, como se o contrato tivesse sido executado”.

A noção de “mesma situação” remete diretamente ao que vimos no capítulo anterior sobre a categoria *equivalência jurídica*. A relação contratual entre “A” e “B” é uma relação que, quando nasce, já nasce sob as condições da dupla equivalência: entre si como sujeitos de direito iguais e, também, entre as vontades que se equiparam no contrato. Aparece no momento da violação, entretanto, um terceiro momento de manifestação jurídica do princípio da equivalência.

Absorvendo parte da análise realizada por Birmingham, podemos dizer que, no contrato, *a promessa de um é a vontade de outro* – e esta é a lógica pela qual se realiza formalmente o “ato de vontade comum a ambos”, retomando a citação de Marx sobre o processo de troca. Quando “A” viola a promessa que fez a “B”, nasce uma nova ficção jurídica (*fictio juris*): a obrigação de reparação. Neste momento, aparece o Estado como representação da organização centralizada que garante que a vítima da violação seja colocada em uma situação tal “como se o contrato tivesse sido executado”.

É interessante observar que, apesar de não ser a organização estatal a única força voltada a garantir os contratos (basta, aqui, pensarmos nos órgãos privados de proteção de crédito como exemplo de poder não estatal voltado à mesma garantia),⁶² é ela que, por meio do litígio, apresenta-se como o principal meio para liberar “A” da obrigação decorrente da violação. É a decisão judicial transitada em julgado, ainda que homologando acordos realizados de modo extraprocessual entre as partes, que lhes confere a *segurança jurídica* em relação à quitação do contrato em seu grau mais estável, ou seja, sem que nenhuma delas – a

⁶² A questão é tratada por Pachukanis na seguinte passagem: “Um direito absolutamente estável, em geral, não existe na natureza; por outro lado, a estabilidade das relações de direito privado no Estado burguês moderno ‘bem construído’ não se apoia de nenhum modo unicamente na polícia e nos tribunais. As dívidas não são saldadas apenas porque seriam ‘saldadas de qualquer maneira’, mas para que o crédito seja conservado no futuro. É evidente o efeito prático que, no mundo dos ‘negócios’, existe na forma do protesto de notas promissórias.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 100, nota 8).

não ser em casos bastante excepcionais – possam recorrer à força coercitiva da organização estatal como garantia de realização da equivalência do contrato.

O litígio contratual, assim, é o momento em que o Estado, por meio da organização jurisdicional, exerce o poder de garantir os contratos realizando algumas das tendências centrais do movimento do capital: realizar a equivalência no processo de troca e, ao final, liberar as partes para que retornem ao estado de livres guardiões de mercadorias. A política de responsabilidade civil baseada na reparação integral, por sua vez, limita a ação estatal no terreno jurídico aos contornos da equivalência fictícia entre dois fenômenos mediados pela ficção jurídica: (i) a promessa contratual realizada de “A” para “B” e (ii) a conversão desta promessa em determinada quantidade de dinheiro equivalente ao estado em que “B” estaria *como se* houvesse sido realizada sua vontade inicial.

Ou seja, a *fictio juris* que fundamenta a liberação estatal de “A” pelo pagamento de uma indenização monetária é uma ficção também baseada na forma da equivalência: o limite “eficiente” do poder estatal na posição de garante contratual está na conversão entre a expectativa baseada na vontade contratual originária de “B” e uma quantidade equivalente de dinheiro, uma equiparação tipicamente mercantil.

Em relação a isso, Birmingham tece uma longa argumentação que nos interessa analisar para, com ela, retomarmos mais adiante à crítica marxista que começamos a esboçar. Retornemos, com isso, ao conteúdo de *Breach of Contract*. O argumento do artigo em relação aos limites da atuação estatal é que, nos marcos da eficiência, o Estado deve exercer o poder jurisdicional precisamente nos limites da regra da responsabilidade civil formulada no caso *Robinson v. Harmon*, ou seja, nunca desencorajar as violações contratuais eficientes – o que poderia ser realizado, em nosso exemplo, por meio da condenação de “A” ao pagamento de uma indenização superior ao prejuízo suportado por “B”. Birmingham rejeita, em outras palavras, a adoção de medidas estatais de coerção (*enforcement*) do cumprimento das obrigações contratuais, tais quais sanções punitivas (*punitive sanctions*).

Para explicar seu ponto de vista, Birmingham monta um quadro dividido em três momentos da doutrina contratual estadunidense sobre o arbitramento ou a medição das indenizações (*damage measures*). O primeiro momento descrito pelo autor é o do *modelo de interpretação tradicional*, em que a influência exercida pela moral e pela religião se mostravam mais fortes. Neste estágio, a coerção das obrigações (*enforcement*) se sobrepunha

como premissa, e a compensação sob a forma da equivalência ainda não estava nitidamente definida.

O segundo momento da doutrina contratual identificado por Birmingham é descrito como o movimento transitivo da doutrina *em direção à objetividade*. Os pressupostos naturalistas próximos da moral e da religião cedem algum espaço a critérios mais objetivos. Citando Oliver Holmes Junior, influente juiz da Corte Suprema dos EUA no início do século vinte, a questão é agora colocada nos seguintes termos: “[o] dever de manter um contrato na *common law* significa uma previsão de que se deve pagar uma indenização se não mantê-lo – e nada mais” (HOLMES JUNIOR citado por BIRMINGHAM, 1970, p. 283; HOLMES JUNIOR, 1897, p. 462). Tal afirmação é, por vezes, chamada na literatura estadunidense de “heresia holmesiana”, postulado descritivo sobre a qual a teoria da violação eficiente do direito teria desenvolvido uma versão prescritiva (KLASS, 2014, p. 362).

Na análise desta citação, fazendo referência a uma decisão judicial da Corte Suprema estadunidense, proferida também por Holmes no caso *Bromage v. Genning*, Birmingham faz uso da referência ao ato de eleger (*election*) para descrever a opção entre cumprir o contrato ou pagar a indenização pelos danos. O contrato revela-se com isso como expressão formal da elegibilidade entre opções disponíveis entre sujeitos de direito.

Birmingham faz neste ponto o resgate da afirmação de que o desenvolvimento do direito contratual está ligado ao “sucesso do capitalismo durante o século XIX” e ao “reconhecimento dos benefícios materiais da livre empresa”. As mudanças na doutrina, por sua vez, acompanham o amadurecimento da sociedade capitalista: para o autor, o “componente objetivo” identificado na segunda fase da doutrina contratual é resultado dos esforços de “facilitar a competição” mediante o desenvolvimento de “controles jurídicos apropriados” (BIRMINGHAM, 1970, p. 283).

Com isso Birmingham chega à terceira fase da doutrina contratual como resultado da anterior: o momento da eficiência na regulação. É aqui que encontramos o ponto central do argumento do artigo, motivo pelo qual analisaremos este ponto com maior atenção. Birmingham inicia a argumentação caracterizando como ultrapassado o debate sobre a *estabilidade como um dos objetivos do contrato*. Em seu lugar, aparece, a proposição do debate sobre a *eficiência* como expressão da “renúncia da autonomia individual e reversão ao estado de ênfase nas formas sociais” (BIRMINGHAM, 1970, p. 284).

A violabilidade do direito, na argumentação de Birmingham, vincula-se estreitamente ao terreno da competição pelo maior acúmulo monetário. A soma destes acúmulos resulta no conceito de “realocação eficiente dos recursos comunitários” (BIRMINGHAM, 1970, p. 284). Isso significa que, se retomarmos nosso exemplo, quando “A” viola o contrato de forma eficiente, o ganho é social, e não meramente privado. Mesmo que “B” não receba o que foi prometido, desde que seja colocado na situação *como se* o contrato tivesse sido cumprido, também sairá ganhando, ao menos de acordo com o sentido de alocação de recursos atribuído pela perspectiva pragmática.

Aparece como consequência desta premissa a noção de *violação deliberada do contrato*. Aderindo aos pressupostos da racionalidade econômica, Birmingham cita um autor estadunidense a ele contemporâneo para sustentar que, “quanto mais deliberada a violação, maior a capacidade dele [do violador do contrato] ganhar” (MUELLER citado por BIRMINGHAM, 1970, p. 284).

É aqui que Birmingham chega à síntese de seu argumento. Para tanto, o autor recupera o emblemático artigo de que tratamos como marco da fundação da AED como campo de conhecimento: *The Problem of Social Cost*. Segundo Birmingham, as reflexões sobre a violação deliberada do direito traçam um caminho em direção à realização do ótimo de Pareto, o que já estaria indicado na seguinte passagem do artigo de Coase: “fica claro que um rearranjo de direitos apenas será realizado quando o incremento do valor de produção consequente do rearranjo é maior do que os custos envolvidos na realização do rearranjo” (COASE citado por BIRMINGHAM, 1970, p. 284; COASE, 1960, p. 3)

A passagem citada, imbuída da premissa da racionalidade dos agentes econômicos, evidencia que a violação eficiente do direito tem por corolário o exercício da competição intercontratual: é um comando da visão efficientista do contrato que, para incrementar seus ganhos, as partes devem constantemente deliberar se há mais ganhos em executá-los ou violá-los, ou seja, cumprir as promessas ou empreender novos arranjos contratuais.

Neste conjunto de relações, não cabe ao poder estatal interferir no arranjo objetivo de vontades entre as partes contratuais: “[p]enalizar tal ajuste pela sobrecompensação da parte inocente é desencorajar a realocação eficiente dos recursos da comunidade”. Além disso, a violação eficiente do contrato é funcional, na visão de Birmingham, não apenas para o incremento social dos ganhos, mas também para a elevação da “mobilidade de produtos

essencial ao funcionamento próprio do mecanismo do mercado” (BIRMINGHAM, 1970, p. 284-5).

Em *Breach of Contract* estão sistematizados os principais elementos do conceito de violação eficiente do direito. A garantia da estrita equivalência contratual incumbida à organização estatal, sob o critério da eficiência no lugar da “ultrapassada” estabilidade, é sustentada por Birmingham como política de responsabilidade civil mais adequada aos “benefícios da livre empresa”. Trata-se, nitidamente, de um argumento desenvolvido sob certa preocupação com a reprodução do processo de valorização e, destarte, com a sustentação do modo de produção capitalista.

A representação do fenômeno da violação do direito que resulta desta forma de representação da realidade, por sua vez, suscita uma série de pontos a serem discutidos a partir da crítica marxista ao direito. No próximo item, passaremos à análise do pensamento de Posner sobre a violação eficiente do direito, provavelmente o autor mais influente na divulgação deste conceito. Ao final, retomaremos em conjunto os argumentos de Coase, Birmingham e Posner, discutindo a partir da crítica marxista ao direito alguns dos resultados a que chegamos em nossas análises.

2.2.3 Posner, custos de oportunidade e a violação do direito como opção mercadológica

Posner, como vimos, figura mundialmente como o mais conhecido expoente da AED. Sua obra abrange uma larga amplitude de temas jurídicos abordados a partir da perspectiva econômica. Não trataremos aqui, entretanto, do pensamento posneriano em geral. O propósito deste item é examinar os seus escritos voltados especificamente para a questão da violação eficiente do direito. Posner apresenta formulações sobre o tema principalmente em dois momentos: primeiro na obra *Economic Analysis of Law*, publicada pela primeira vez em 1972, e depois no artigo *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, de 2009.

Em *Economic Analysis of Law*, Posner trata do conceito de violação eficiente do direito na parte da obra em que discute remédios jurídicos a serem aplicados em casos de violação de contrato. É a partir desta abordagem que, segundo Gregory Klass (2014), a teoria da violação eficiente alcança uma projeção considerável no cenário da doutrina contratual estadunidense.

No início do texto, Posner faz uma distinção introdutória entre as violações oportunistas e os demais tipos de violação de contrato. Estas, segundo ele, seriam aquelas “sem justificativa econômica”, identificando casos em que alguém quebra sua promessa “apenas para tirar vantagem da vulnerabilidade” da outra parte. Para estes casos, Posner atribui o remédio da restituição dos lucros obtidos pela parte inadimplente à vítima, uma espécie de punição capaz de desincentivar tal conduta (POSNER, 1986, p. 105).

O maior interesse de Posner, entretanto, está nas violações não oportunistas, a maior parte das violações de contrato observadas nos Estados Unidos segundo o autor. Estas podem ser voluntárias ou involuntárias. E esta é uma distinção importante para o conceito de violação eficiente, como veremos. Em relação às violações voluntárias, o texto faz referência ao ditado de Holmes que vimos no item anterior, também referido como *heresia holmesiana*: “[o] dever de manter um contrato na *common law* significa uma previsão de que se deve pagar uma indenização se não mantê-lo – e nada mais”. Posner complementa: “não faz parte da política do direito [*policy of the law*] compelir a aderência aos contratos, mas apenas exigir que a parte escolha entre agir de acordo com o contrato ou compensar a outra parte pelos danos resultantes de não fazê-lo” (POSNER, 1986, p. 106).

Posner identifica que a regra geral dos remédios contratuais mais eficiente é aquela em que a indenização é calculada com base na expectativa de lucro da vítima da violação, ou seja, a mesma regra da *reparação integral* observada no caso *Robinson v. Harmon* no artigo de Birmingham. Tal medida, prossegue, seria suficiente para “incentivar o cumprimento da promessa a não ser que isso resulte em um uso ineficiente de recursos”. E aqui entram os limites da atuação da organização estatal como objeto de preocupação de Posner.

O que fazer diante de uma situação em que “uma parte é tentada a quebrar o contrato simplesmente porque o lucro com a violação excederia suas expectativas de lucro na conclusão do contrato”? Para o autor, se este ganho cobrir também as expectativas de lucro da vítima da violação, a violação deveria ser incentivada: “[n]otem como o direito precisa ser cuidadoso para não exceder indenizações compensatórias se não quiser impedir violações eficientes do direito” (POSNER, 1986, p. 107-8).

Se Posner analisasse o exemplo da relação de venda de cem sacas de café de “A” para “B”, de que tratamos no item anterior, provavelmente sua conclusão seria a mesma de Birmingham. O fato de um vendedor violar um contrato ao deixar de entregar um produto combinado, para o autor de *Economic Analysis of Law*, é um indício de que “há outra

transação que aumenta mais o valor do que a conclusão da venda”. Neste caso, Posner é enfático: “nós queremos encorajar a violação” (POSNER, 1986, p. 118).

Com a análise desta obra, já se torna possível perceber a convergência entre Birmingham e Posner em relação à defesa da reparação integral como política de responsabilidade civil mais eficiente a ser adotada pela organização estatal em casos de violação de contrato. É em seu artigo mais recente sobre o tema, entretanto, que Posner apresenta conceitos que merecem uma atenção maior de nossa parte: o artigo *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, publicado em 2009 no periódico *Michigan Law Review*. O título da publicação abordada é, por si só, bastante sugestivo. Posner realiza uma espécie de convite negativo ao leitor (“*let us never*”), desafiando a tradução à língua portuguesa. Em termos aproximativos, resultaria em algo como “nunca reprovemos um violador de contratos”.

O objetivo do artigo é basicamente o mesmo de *Breach of Contract*: discutindo a eficiência dos remédios jurídicos para a violação de contratos, justificar a aplicação da reparação integral como forma de responsabilidade civil para este tipo de situação. De modo geral, Posner analisa a questão a partir das mesmas três linhas gerais que identificamos como características da AED: orientação pragmática, eficiência econômica e tematização dos limites da organização estatal.

Já no início do texto, Posner apresente a seguinte tese: “conceitos de falta ou culpa, ao menos quando entendidos mais em termos morais do que trasladados para termos econômicos ou outros termos práticos, não são acréscimos úteis à doutrina do direito contratual” (POSNER, 2009, p. 1349). A partir do critério econômico da eficiência, defende a inaplicabilidade de remédios como as indenizações punitivas (*punitive damages*) – pelos quais se arbitraria na condenação um valor superior aos danos causados como forma de desencorajar novas violações – ou a determinação do cumprimento de determinada obrigação assumida (*specific performance*).

Assumindo que os arranjos contratuais constituem uma questão de barganha e que os custos desta barganha são sociais e não meramente privados, Posner argumenta que as violações de contrato eficientes deliberadas são eficientes – “*efficient breaches are efficient*” (POSNER, 2009, p. 1353). Por trás da aparente tautologia, na mesma linha de sua exposição em *Economic Analysis of Law*, o autor pretende enfatizar que as violações eficientes do direito devem ser encorajadas pela organização estatal, uma vez que permitem uma alocação de recursos mais eficiente e, com isso, resultam na elevação do produto social.

Para desenvolver este argumento, Posner retoma novamente a posição de Oliver Holmes, para o qual o contrato nada mais seria que “uma opção de executar ou pagar”. Com isso, a violação do contrato “não é um ato errado, mas meramente dispara o dever de pagar danos liquidados ou outros danos” (POSNER, 2009, p. 1349). As indicações de Holmes, entretanto, são bastante incipientes. É Posner que, em seu artigo, dá maior verticalidade à reflexão sobre a concepção do contrato como opção.

O argumento se desenrola da seguinte forma:

Holmes pensava nos contratos como opções – quando você assina um contrato em que promete um cumprimento específico (fornecer um produto ou executar um serviço), você compra uma opção de executar a performance ou pagar danos. O caráter da opção é particularmente explicitado quando o contrato contém uma cláusula de liquidação de danos [i.e., uma cláusula penal]. Você está prometendo que irá executar ou pagar a quantia especificada na cláusula. Desde que você pague os danos fixados pela corte no possível processo por quebra de contrato, estejam eles especificados em cláusula ou arbitrados de acordo com os princípios dos danos contratuais, nenhuma reprovação [*blame*] pode ser atribuída a você pelo não cumprimento, mesmo que isso tenha sido deliberado – mesmo se, por exemplo, você não executou simplesmente porque outra pessoa lhe ofereceu mais dinheiro do que o produto ou serviço que você tinha se comprometido a entregar no contrato, e você não teve capacidade para suprir o cliente prometido e o cliente novo mais necessitado. Você não quebrou *realmente* sua promessa, porque o que você prometeu (apesar de não ser assim que o contrato é escrito) foi um ou outro: não o cumprimento, mas *ou* o cumprimento *ou* a compensação pelo custo do descumprimento à outra parte do contrato. (POSNER, 2009, p. 1350).

Olhando com atenção, podemos observar que Posner distingue a manifestação imediata do contrato – a forma como “o contrato é escrito” – e o que “realmente” ocorre no pagamento dos danos fixados. Em sua visão, ainda que o contrato seja escrito como *dever-ser*, apresenta-se aos contratantes como “opção” comprada pela parte contratante.⁶³ Suponhamos que “A” celebre um contrato de prestação de serviço com “B” estabelecendo uma multa de determinado valor em caso de descumprimento. Se “B” resolver pagar este valor em vez de prestar o serviço, não haverá para Posner motivo para que esta conduta seja reprovada. O

⁶³ Mais adiante, Posner chega a falar em uma “teoria contratual da opção [*option theory of contract*]” (POSNER, 2009, p. 1351).

pagamento da compensação fixada libera, juridicamente, o contratante da violação do contrato.

Posner afasta o caráter normativo que se expressa nos instrumentos contratuais e coloca a questão em termos puramente mercadológicos: “quando você assina um contrato [...], você compra uma opção de executar a performance ou pagar danos”. Neste particular, podemos caracterizar a perspectiva de Posner sobre o direito como adeontológica. E este, estranhamente, é um ponto que se revela em comum com a crítica marxista ao direito, como vimos no primeiro capítulo.

Esta perspectiva adeontológica já aparecia, em alguma medida, nas representações da AED sobre o fenômeno da violação do direito que examinamos nos itens anteriores, incluindo os trabalhos de Coase e Birmingham. Com Posner, entretanto, a ênfase no conceito de *opção* entre cumprir ou violar torna esta dimensão ainda mais nítida. O amadurecimento desta concepção – que podemos compreender como um índice de mudança na própria representação burguesa do fenômeno da violação do direito – acaba aproximando a doutrina eficientista de abstrações com maior capacidade de revelar o movimento real do direito, uma vez que mais distante do fetichismo deontológico do fenômeno jurídico.

Para a investigação da violação do direito, talvez esta mudança represente um movimento semelhante ao amadurecimento da teoria econômica fisiocrata para a teoria do valor-trabalho. Em ambos os casos, a teoria burguesa avança na produção de abstrações menos ingênuas da realidade, mas ao mesmo tempo cria uma série de outras confusões que ocultam a essência dos respectivos fenômenos em particular e, por extensão, do modo de produção capitalista em sua totalidade.

Não é nosso objetivo investigar em que medida a postura adeontológica é generalizada no campo da AED em geral. Podemos indicar, entretanto, alguns indícios deste nível de consciência em textos introdutórios ao campo. Em um dos artigos mais difundidos no Brasil sobre a epistemologia da AED, por exemplo, encontramos a seguinte passagem: “a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 21).

Além disso, a postura de Posner que decorre desta perspectiva não é meramente descritiva. Ao analisar a violação eficiente do contrato, a atenção se volta às consequências.

Aparece o incremento do produto social como questão a ser considerada pela atuação da organização estatal. Vejamos como o autor trata disso em um exemplo:

Se *A* quebra seu contrato com *B* para vender a *C* porque *C* pagará mais do que o prejuízo (que equivale aos danos) para *B* pela violação, a violação incrementa o produto social: *B* não está em situação pior [*worse off*], e *A* e *C* estão ambos em situações melhores [*better off*]. Mas se *B* é obrigado a executar a performance contratual específica, *A* não pode vender a *C* sem pagar *B* para que este concorde em terminar o contrato com ele, criando uma situação de monopólio bilateral. (POSNER, 2009, p. 1351).

Posner sustenta, a partir disso, que o princípio da boa-fé contratual é um postulado moral, sem justificativa pragmática, que desencoraja a violação eficiente do direito.⁶⁴ E prossegue com a análise do exemplo:

O que exatamente é uma violação “deliberada” do direito? No caso comum de violação de contrato, o custo da performance do réu excederia o benefício do demandante. O custo pode ser ou pode incluir um custo de oportunidade, tal como em meu exemplo, no qual o réu [B] descobriu que poderia vender seu produto para uma terceira parte por um preço maior do que o preço de contrato. Um custo de oportunidade é um custo real. Julgar uma violação motivada por um desejo de evitar tal custo “deliberado” e impor indenizações punitivas [*punitive damages*] ou determinar a performance específica encorajaria condutas ineficientes – fornecendo um produto ou serviço para a parte do contrato que recebeu a promessa por um valor menor do que o prometido por outra pessoa. É claro que as três partes envolvidas podem barganhar uma saída para a situação. Mas essa seria uma barganha custosa em decorrência da configuração de monopólio bilateral. O promitente [B] poderia sair do contrato apenas negociando com o promissor [A], e o promissor apenas poderia extrair concessões do promitente negociando com ele. Cada parte estaria pressionando para maximizar sua parte no valor excedente [*surplus value*] que a violação tornaria disponível, e tal negociação seria custosa e poderia falhar. Se falhasse, o excedente seria perdido, e este seria um custo social, e não meramente um custo privado. (POSNER, 2009, p. 1353)

Assim, a hipótese de que “B” não viole o contrato com “A” para contratar com “C” é caracterizada por Posner como um “custo de oportunidade”. Este custo, como vimos na

⁶⁴ Para o autor estadunidense, aí estaria um dos motivos pelos quais o sistema *common law* – baseado mais nos costumes e nas decisões judiciais do que na regulação legal – seria superior ao *civil law* em termos de promoção de atividades comerciais.

citação, representa perda de valor excedente, o que para o autor estadunidense representa não um custo privado, mas sim um custo social. A eficiência na violação é concebida a partir disto como uma questão que afeta toda a sociedade, e que por isso não deveria ser desencorajada com os remédios de uma responsabilidade civil sancionatória. Aqui, fica evidente que a questão de fundo do argumento é a atuação da organização estatal: como Birmingham, Posner está argumentando que os órgãos jurisdicionais tratem da questão da violação do contrato como uma opção que pode ter consequências economicamente eficientes, fazendo desaparecer qualquer vestígio do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

No trecho citado, também observamos a presença da noção de “violação deliberada do contrato”, aparecendo como noção mais específica do que a violação voluntária tratada em *Economic Analysis of Law*. No argumento de Posner, o ato de deliberar é consequência de um cálculo econômico e, por isso, deve ser incentivado. Na sequência do texto, as violações involuntárias são identificadas como frequentemente ineficientes. Com isso, se fosse o caso de o Estado intervir nas opções dos contratantes, seria mais sensato punir alguém que tenha involuntariamente violado um contrato – eis que negligente no cálculo de sua capacidade de cumprimento – do que alguém que tenha deliberadamente o feito nos marcos da eficiência, ou seja, incrementando o produto social no ato de violação. Tal argumento se resume da seguinte forma: “[v]iolações involuntárias do direito geralmente são ineficientes: o promitente calculou mal [*miscalculated*] sua capacidade de cumprir [*ability to comply*] os termos contratados com os quais ele concordou” (POSNER, 2009, p. 1353).

O que podemos extrair a partir disso para a construção da crítica marxista ao direito? Observamos aqui a articulação de dois momentos da formação da relação jurídica. O “ato de vontade comum a ambos” encontra seu paralelo na descrição posneriana na noção de “termos contratados com os quais ele concordou”. O contrato é um ato de concordância. Em sua aparência, é a manifestação fenomênica da vontade comum dos sujeitos de direito expressa como um conjunto de normas.

A vontade comum que caracteriza a formação do contrato, apesar de fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico, é uma singularidade. O que decorre deste ato, deste pequeno relampejo, é a instauração da relação jurídica, que se arrasta enquanto perdurar a relação contratual, e este momento apenas *aparentemente* consiste no dever de que as partes cumpram os termos acordados. Na perspectiva posneriana, o momento jurídico que nasce da celebração do contrato é um momento em que os agentes econômicos calculam sua

“capacidade de cumprir os termos contratados”. É, como já vimos, uma questão de *opção* (Holmes) e *elegibilidade* (Birmingham), à qual agora Posner acrescenta a noção de calculabilidade. A partir dele, renasce o momento do isolamento entre os guardiões das mercadorias e do impulso egoísta que caracteriza o processo de valorização do valor.

Posner situa este momento no plano de seu pragmatismo do seguinte modo: após a celebração do contrato, o que importa do ponto de vista social não é o cumprimento dos termos contratados por si só, mas a eficiência da alocação de recursos em um ponto de vista extracontratual. Instaura-se o momento da calculabilidade da capacidade de cumprir o contrato (“*ability to comply*”). O agente econômico eficiente é aquele que analisa os termos do contrato e melhor calcula a eficiência entre as opções de executá-los ou assumir a responsabilidade pelo seu descumprimento.

Este é o momento em que, para Posner, aquele que viola o contrato não deve ser censurado (“*let us never blame*”) pela sociedade ou desencorajado pelo Estado. Para nós, o que se revela na sinceridade posneriana são dois fundamentos do fenômeno jurídico que se condicionam mutuamente: (i) a calculabilidade da violação do contrato e (ii) a adeontologicidade do direito. Os fatos de violação eficiente de contrato se manifestam, na visão pragmática, como resultado da prática de os contratantes calcularem sua capacidade de cumprimento. A calculabilidade entre as opções de cumprir ou descumprir o contrato combinada com a defesa de que o Estado não desencoraje este cálculo afirma o caráter fático – *ser*, e não *dever-ser* – do direito.

Há outro momento da formação da relação contratual que nos interessa. Posner também sustenta que os danos, no sentido jurídico do termo, estão diretamente relacionados ao valor em circulação na execução do contrato: “se não há redução de valor, nenhum dano pode ser obtido”. Podemos notar alguma centralidade, por consequência, ao momento da negociação contratual, no qual as partes têm liberdade para especificar “a quantidade de danos aos quais a vítima de uma violação terá direito” (POSNER, 2009, p. 1356).

Em relação a este ponto, se retomarmos a crítica marxista ao direito, devemos lembrar que, “os guardiões das mercadorias têm de estabelecer relações uns com os outros”, e o processo de troca se realiza por meio da “concordância com a vontade do outro”, de “um ato de vontade comum a ambos”. Este ato é a “relação jurídica, cuja forma é o contrato”. São estas as expressões que vimos na análise dos pressupostos jurídicos da valorização do valor no processo de troca no primeiro capítulo.

O momento da negociação contratual é o momento em que os sujeitos de direito se encontram no mercado. Para que a troca se realize, é necessário que as suas vontades sejam equiparadas. O que a análise de Posner nos provoca a pensar em relação a este momento é que não é apenas o valor das mercadorias e as vontades que são determinadas sob a forma da equivalência no processo de formação da relação jurídica, mas também “a quantidade de danos aos quais a vítima de uma violação terá direito”.

Quando as partes estabelecem cláusulas de multa, juros moratórios, indenização compensatória ou outras cláusulas penais, por exemplo, estão colocando preços nas opções de violar, inadimplir ou descumprir. Para Posner, o futuro ato de violação tornaria disponível um valor excedente (“*surplus value*”) – que, em alguma medida, tem algo a ver com a categoria mais-valia de Marx.

Este valor excedente de que fala Posner apresenta uma dualidade: em termos abstratos se apresenta, contraditoriamente, como equivalente. Se o contrato se manifesta por meio de normas sobre as quais há concordância entre as partes, é necessário lembrar que as normas não criam relações jurídicas, servindo-lhe mais propriamente como possíveis referências de medida – ou, nas palavras de Kashiura Júnior, réguas que se realizam como ser.

No limite, a forma destas réguas, como vimos, é justamente a igualação de mercadorias equivalentes no processo de troca, ainda que estas sejam desiguais entre si, como no caso da troca de força de trabalho por salário. Para que tenha se tornado possível falar em eficiência econômica na violação do direito, é necessário que as opções entre cumprir ou descumprir tenham se realizado historicamente sob a forma da mensurabilidade, tal qual a troca de mercadorias. Na crítica ao modelo posneriano, assim, as relações de violação do direito se revelam como troca de quantidades desiguais, gerando “valores excedentes”, sob a forma subjetiva da troca de equivalentes que completa o processo de troca de mercadorias.

Outra questão tratada por Posner em *Let Us Never Blame a Contract Breaker* é a separação entre direito e moral. No último parágrafo do artigo, afirma que não é seu desejo “debater a moralidade no ato da violação do contrato” (POSNER, 2009, p. 1363). Isso não significa, porém, que o tema não tenha sido tangenciado no artigo. Apoiando-se na obra de Holmes, por exemplo, o autor afirma que “o fato de que o direito usa a linguagem moral não significa que deveres jurídicos são deveres morais” (POSNER, 2009, p. 1357). A partir disso, realiza uma reflexão sobre a noção de boa-fé contratual. O argumento é construído da seguinte forma:

Nós geralmente queremos que as pessoas sejam honestas e francas em suas negociações com outras. Mas não existe o dever geral de boa-fé no direito contratual. Se você oferece um preço baixo um bem a seu dono, você não é obrigado a contar a ele que você pensa que o bem está subvalorizado – que ele não sabe o seu valor de mercado e você sabe. Não se exige que você seja altruísta, cândido ou um bom rapaz. Você está permitido a obter lucro a partir da assimetria de informação. Se você não pudesse fazê-lo, o incentivo à descoberta de informação sobre valores verdadeiros seria reduzido. É um exemplo do tradicional paradoxo econômico de que o vício privado também pode ser virtude pública. (POSNER, 2009, p. 1357-8).

O que se revela no argumento de Posner sobre a boa-fé contratual é que, na realidade, os “deveres jurídicos” são falsos deveres em sua concepção. Como colocado no início do artigo, o contrato é uma opção de executar ou pagar. A negociação contratual, por sua vez, é o momento de determinação das medidas desta opção. Os deveres jurídicos que aparecem na formalização do contrato, por sua vez, não são deveres morais, mas também sequer são deveres, apesar do uso da “linguagem moral” no direito. Mais do que a permissão para obter lucro a partir da assimetria de informação, a postura pragmática também afirma a permissão de aumentar a margem de lucro a partir da violação eficiente do contrato: no horizonte desta visão, apenas mais um “vício privado” que se torna “virtude pública”. Trata-se de algo não apenas juridicamente permitido, mas economicamente desejável.

2.3 O QUE ENSINA A CRÍTICA AO EXÓTICO “QUE NUNCA PODE PASSAR A SER FAMILIAR”?

Os debates sobre a teoria da violação eficiente do direito, evidentemente, não se limitam aos trabalhos selecionados para nossa análise. Além das extensas polêmicas sobre os erros ou acertos de sua proposta, como já mencionamos, existe também uma considerável produção recente sobre a questão da eficiência na violação contratual, em especial entre economistas que “se dirigiram para uma análise muito mais complexa da eficiência e do direito contratual” (CRASWELL, 2001, p. 12). Com isso, mais recentemente, para alguns, chegou-se a uma “teoria da violação eficiente do direito revisada e mais sofisticada” (KLASS, 2014, p. 363).

Entendemos, entretanto, serem suficientes os argumentos que analisamos em Coase, Birmingham e Posner para uma compreensão das bases gerais do conceito de violação eficiente do direito. Ao longo deste capítulo, para reconstruir estas bases, buscamos realizar o exercício do estranhamento a partir de determinado procedimento de exposição: transformar a AED de um campo exótico em um objeto familiar. Encontramos, a partir disto, a abstração de objetivações materiais do fenômeno da violação do direito nas representações encontradas na construção da assim chamada teoria da violação eficiente do direito.

A tarefa de “adentrar no território inimigo”, entretanto, não implicou necessariamente aderir às suas concepções de mundo, vestir as suas roupas ou qualquer outra espécie de alheamento dos propósitos da crítica marxista. Em nosso caso, o campo da AED e sua característica sinceridade burguesa permaneceu e permanece causando reações de surpresa e espanto. Transformar o exótico em familiar e vice-versa, afinal, não pode nunca ser um exercício completo. Nas palavras do antropólogo Roberto DaMatta: “As duas transformações estão, pois, intimamente relacionadas e ambas sujeitas a uma série de resíduos, nunca sendo realmente perfeitas. De fato, o exótico nunca pode passar a ser familiar; e o familiar nunca deixa de ser exótico” (DAMATTA, 1978, p. 6).

Pois bem, posicionando nossa pesquisa nesta sutil soleira do estranhamento, voltemo-nos ao caminho que dela se projeta em direção à sequência da exposição. Este item se volta a sintetizar algumas das aproximações que pudemos acumular com a crítica ao campo da AED e à teoria da violação eficiente do direito, este conjunto exótico que “nunca pode passar a ser familiar”. De modo mais preciso, a questão pode ser colocada do seguinte modo: o que se pode dizer a partir da crítica marxista ao direito sobre as argumentações de Coase, Birmingham e Posner?

Em primeiro lugar, como expressão da orientação pragmática da AED à resolução de problemas jurídicos, podemos afirmar que Coase, Birmingham e Posner buscam formular argumentos afastados das esferas da moral e da religião sobre a responsabilidade civil. Contudo, a análise dos três autores não deixa de ser valorativa, passando longe das pretensões de neutralidade e apoliticidade reivindicadas por expoentes do campo da AED. Ao revés, nestas leituras, opostamente a um discurso técnico e científico, estamos mais próximos de um

discurso que, no fundo, busca a “moralização do lucro e da eficiência”⁶⁵ ou até mesmo os sacramentos de uma espécie de “religião do lucro”⁶⁶.

Desde a inspiração em Coase até o artigo mais recente de Posner, os argumentos presentes na construção do conceito de violação eficiente do direito, como vimos, sustentam que o poder estatal não desencoraje os cálculos das partes contratuais entre as opções de cumprir ou violar. A questão colocada pelos autores é pensar a partir da racionalidade econômica sobre a relação entre a eficiência na alocação de recursos e os limites da atuação estatal. São argumentos, portanto, que não deixam de estar orientados por valores políticos e atribuem à abordagem do fenômeno jurídico certa politicidade, o que fica bastante nítido na expressão posneriana “não faz parte da política do direito [*policy of the law*] compelir a aderência aos contratos” (POSNER, 1986, p. 106).⁶⁷

Isso também nos permite interpretar o conceito de violação eficiente do direito não como uma representação puramente objetiva, como quer Birmingham, mas como uma formulação próxima a uma espécie de expressão da economia política da segunda metade do século XX, eis que voltada a explicar a dinâmica das trocas mercantis e a “facilitar a competição” mediante o desenvolvimento de “controles jurídicos apropriados” a este momento histórico (BIRMINGHAM, 1970, p. 283). No fundo, o que está em jogo nestas discussões baseadas no critério da eficiência econômica é a construção de uma fundamentação política orientada à justificação de um conteúdo para o conceito de responsabilidade civil adequado à maximização da eficiência econômica.

⁶⁵ Expressão a nós sugerida por José Ricardo Vargas de Faria por ocasião da banca de qualificação desta dissertação.

⁶⁶ A expressão, em outro contexto de discussão, foi utilizada em artigo de Daniel Sotelo: “A empresa tem uma religião do lucro. Se não obtiver lucro, alguém está em pecado. Deve-se exorcizar algo/alguém que esteja atrapalhando o lucro. A empresa monta uma verdadeira caça às bruxas. A empresa tem que combater as heresias. As companhias operam com base em certas crenças ou artigos de fé. A mídia ajuda a alimentar a fé; as crenças são medidas pela lealdade. Nas religiões das grandes empresas, como em qualquer religião, o herege deve ser eliminado – não porque é provável que esteja errado, mas porque é possível que esteja com a razão.” (SOTELO, 2012, p. 3).

⁶⁷ Vale mencionar aqui a discussão sobre justiça econômica de Crawford Macpherson. Para o canadense, o desenvolvimento do capitalismo no século XIX levou a dois momentos complementares: “a justiça econômica desapareceu” e “a justiça em geral foi reduzida ao cálculo de utilidade máxima ou à observância dos contratos”. Neste quadro, podemos observar que, pelo menos considerando o caso da teoria da violação eficiente do direito, ao final do século XX sequer a “observância dos contratos” restaria como conteúdo desta “justiça em geral”. (MACPHERSON, 1991, p. 28 e p. 35).

Não se trata, como podemos notar, de uma perspectiva liberal inconsequentemente anarquista. A limitação do poder estatal, de acordo com a visão dos três autores, não exclui o reconhecimento implícito de sua relevante funcionalidade tendencial na circulação de mercadorias, na garantia dos contratos, na previsibilidade de custos e na liberação das partes contratuais para exercerem a livre concorrência. Afinal, o objetivo dos argumentos de Birmingham e Posner nunca foi questionar a regra da reparação integral como política de responsabilidade civil, mas sim justificá-la a partir da doutrina contratual da eficiência econômica.

A análise dos argumentos da violação eficiente do direito também suscita questões relacionadas ao fenômeno contratual. Devemos lembrar que, n’*O Capital*, a premissa da troca é a “concordância com a vontade do outro”. O contrato, por sua vez, é a forma que recebe o “ato de vontade comum a ambos” na realização da relação jurídica (MARX, 2017a, p. 159). Neste quadro, podemos então perceber que a *promessa contratual* de que fala Birmingham aparece como *manifestação fenomênica da formação do contrato*: “A” promete algo para “B” e, na celebração do contrato, esta promessa se equipara à vontade de “B” sob a forma da equivalência.

O que é interessante observar é que, ao tratar do conceito de *elegibilidade* entre as opções de cumprir ou violar o contrato, identificando a eficiência como resultado do momento em que a doutrina contratual se move em direção à objetividade, Birmingham relaciona este componente objetivo à liberdade de competição capitalista. Esta elegibilidade, em seguida, é encorajada pelo autor como forma de maximização do produto social. Posner, por sua vez, faz o mesmo com o conceito de cálculo de capacidade de cumprimento e, mais do que isso, chama a atenção ao custo de oportunidade implicado no cumprimento ineficiente como um custo social a ser evitado. Para ambos, quanto mais deliberada a violação do contrato, maiores as chances de o violador ganhar. E, se o violador ganhar sem a vítima perder, todos ganham.

Uma fórmula mágica em que se traduz a violação eficiente do direito. Há um segredo da relação jurídica que podemos revelar a partir de sua crítica. O que Birmingham e Posner estão afirmando é que a violação eficiente do direito é uma questão de vontade, mas não de vontade irracional das partes. A eficiência está na deliberação entre as opções de cumprir ou violar, ou seja, no cálculo de oportunidades entre as infinitas possibilidades de “rearranjo de direitos”, para utilizar a expressão de Coase.

A representação do fenômeno da violação do contrato pela AED, com isso, de fato se mostra mais avançada em relação às representações presentes no que Birmingham identifica como o *modelo de interpretação tradicional*, ou seja, a primeira fase da doutrina contratual. Enquanto estas têm por base a tendência deontologizante do fenômeno jurídico, colocando as promessas contratuais no plano do *dever-ser* e sem apresentar distinções precisas com as esferas da religião e da moral, a perspectiva da violação eficiente – com sua notável carga de sinceridade burguesa – está mais próxima do movimento real do direito como fenômeno objetivo dotado de especificidade em relação a estas esferas.

De fato, o que caracteriza as relações contratuais não é o antigo princípio do *pacta sunt servanda* (antigo brocardo romano que se traduz como *os contratos devem ser cumpridos*), que teima em aparecer nos manuais escolares de direito civil, seja na forma latina, seja traduzido como “princípio da força obrigatória dos contratos” (GOMES, 1997; TARTUCE, 2014). O que caracteriza as relações contratuais é a liberdade de violar a promessa – agora, no capitalismo, formalizada no contrato – com a objetividade mensurável que caracteriza a forma jurídica. A violação do direito, com isso, é revelada pela AED como opção mercadológica que, dependendo das circunstâncias, é socialmente eficiente em termos de alocação de recursos.

No decorrer deste capítulo, caracterizamos a *responsabilidade civil* como a categoria que opera como mediação entre os fatos que causam danos a alguém e a reparação destes danos atribuída ao ofensor. Com base neste conceito amplo, de algum modo estão unificados os objetos de discussão desde a destruição acidental de uma plantação vizinha (Coase) até a violação de uma promessa contratualmente formalizada (Birmingham e Posner).

Se por um lado há distinções relevantes entre os dois gêneros de fenômeno, por outro é importante lembrar que, para Coase e Posner, a solução para o caso de responsabilidade civil extracontratual é o desenvolvimento de uma ficção jurídica em que o jurista imagina um contrato hipotético entre ofensor e vítima para determinar qual seria o ponto ótimo de eficiência encontrado pelos mecanismos barganha na distribuição dos riscos entre as partes.

As nossas leituras sugerem, deste modo, que a noção geral de responsabilidade civil para a AED é pensada substancialmente como momento transitivo de alocação de recursos, seja no caso contratual ou extracontratual. É o que se evidencia pelas noções de rearranjo de direitos em Coase e de competição intercontratual em Birmingham e Posner. Os argumentos dos três autores giram em torno de minimizar os custos de transação e alcançar um ponto

ótimo de eficiência como consequência desta transitividade representada pelo momento da responsabilidade civil. Permitem, com isso, que a partir da crítica marxista aos seus argumentos possamos discutir sobre as relações de violação do direito em geral.

Como vimos no primeiro capítulo, a relação entre ofensa e vingança ou autodefesa, com o capitalismo, assume a forma impessoal da relação entre dano e reparação assegurada pela organização estatal. No litígio, vítima e ofensor são sujeitos de direito que se relacionam sob a forma da equivalência. As partes até podem, o que não é tão raro, realizar a autocomposição de seus interesses. Do mesmo modo, é comum que, por diversos motivos, a vítima não busque uma reparação pela ofensa. Mesmo com a evidência destes casos, porém, a organização estatal ocupa uma posição fundamental no processo de troca capitalista de, ao assegurar estas relações como se fosse um fiador, assegurar também a liberação das partes com o fim do litígio.

A construção do conceito de violação eficiente do direito suscita, com isso, uma discussão sobre a noção de segurança jurídica, conceito tradicionalmente construído pelos juristas para se referir à relação entre direito e Estado. Ainda que provavelmente sem esta pretensão, um jurista do campo do direito financeiro resume bem a relevância de tal conceito para a compreensão do fenômeno estatal no modo de produção capitalista: “a segurança jurídica torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado” (TORRES, 2005, p. 3).

Na teoria geral do direito, do mesmo modo, não se trata de um debate menor. Nas palavras de Kelsen, “o princípio do Estado-de-Direito [...], no essencial, é o princípio da segurança jurídica”. O austríaco relaciona o conceito ao “fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, [e] os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais” (KELSEN, 1998, p. 279).

No campo do direito constitucional, ainda que boa parte dos estudos sobre o tema venham indicando mudanças na compreensão do conceito – uma espécie de “crise de identidade” –, a segurança jurídica permanece sendo concebida como um princípio que inclui “a estabilidade das relações jurídicas”, manifestada na “durabilidade das normas” e na “previsibilidade dos comportamentos” (BARROSO, 2001, p. 55-56).

Para não nos alongarmos nesta digressão sobre a perspectiva tradicional do conceito de segurança jurídica, encerraremos com outro jurista que também viria a ser ministro do

Supremo Tribunal Federal e, antes de sê-lo, emblematicamente outorgou à segurança jurídica o título de “cavaleiro de duas épocas”. Na formulação do destacado civilista, o sentido jurídico da segurança abrange a “confiança na jurisdição” em dois aspectos: (i) “um mínimo indispensável de previsibilidade”, ou seja, na “garantia de legítimas expectativas” e (ii) “a incidência material da legalidade constitucional” (FACHIN, 2013).

Podemos notar, a partir das noções apresentadas, exemplificativas da tendência predominante entre os juristas em geral, que o conceito de segurança jurídica está relacionado à forma como a organização estatal atua em sua incidência nas relações jurídicas. Enquanto no conceito de responsabilidade civil – mediação jurídica entre vítima e ofensor – o Estado não estava presente senão de forma indireta, aqui ele aparece abstratamente como relação social representada em termos jurídicos. Na visão dos juristas, a segurança jurídica figura como princípio ou valor que orienta a atuação do Estado, seja no aspecto administrativo ou jurisdicional. Esta orientação, por sua vez, é comumente preenchida pelas palavras garantia, confiança, estabilidade e previsibilidade.

A questão que se coloca a partir desta conceituação é a seguinte: a realização desta noção tradicional de segurança jurídica (confiança, estabilidade e previsibilidade) pela organização estatal, em um caso de violação do direito, coincide com a *garantia do direito* ou, opostamente, com a *garantia de sua violabilidade*?

Ao menos na perspicácia impressa na construção histórica do conceito de violação eficiente do direito, podemos observar que a segurança jurídica pouco tem a ver com a noção de *estabilidade*, expressamente rechaçada por Birmingham como uma perspectiva ultrapassada dos objetivos do contrato. Se transformarmos antropologicamente a noção mais comum de segurança jurídica em objeto exótico e a perspectiva efficientista em familiar, talvez estejamos prontos para dar mais um passo neste sentido.

A concepção de segurança jurídica que pode ser extraída da interpretação da representação efficientista do fenômeno da violação contratual está muito mais relacionada à elevação das condições pelas quais as partes contratuais possam constantemente realizar cálculos entre as opções de cumprir ou violar e, ainda, à “mobilidade dos produtos, essencial ao funcionamento próprio do mecanismo do mercado” (BIRMINGHAM, 1970, p. 284-5). A ênfase dada por Birmingham ao ato de *deliberar* está relacionada ao movimento em direção à objetividade que, caracterizando a segunda fase da doutrina contratual estadunidense, resultou no paradigma da eficiência.

Trata-se, como podemos ver, de uma visão mais consciente dos pressupostos de realização do valor: o capital gosta do movimento que o valoriza, e não da estabilidade que interrompe a circulação de mercadorias. A segurança jurídica, nesta perspectiva, desdobra-se em duas expressões complementares: (i) a segurança de poder violar o direito e pagar, “até onde o dinheiro pode fazê-lo”, *apenas* os danos objetivamente medidos; e (ii) no caso da vítima, a segurança de ser colocada na mesma posição monetária que estaria como se o contrato – hipotético, no caso de responsabilidade civil extracontratual – houvesse sido cumprido.

Esta caracterização da segurança jurídica, talvez estranha à sua representação intuitiva, não é tão exótica quanto pode parecer se olharmos, por exemplo, a tarifação dos danos extrapatrimoniais instituída na legislação trabalhista nacional pelo artigo 223-G, § 1º, da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467 de 2017), fruto de ampla reivindicação de setores empresariais brasileiros.⁶⁸ O caso retrata bem a disputa política por uma espécie de padrão de limite de equivalência fixado na forma legal: no fundo, a legislação aprovada institui, como política de responsabilidade civil, uma ficção jurídica aberrativa ao restringir as indenizações e excluir a regra da reparação integral. Fica evidente, por outro lado, que a segurança jurídica almejada pelo empresariado é a de poder causar danos (o “fator de produção” de Coase) e, antecipadamente, prever qual será o valor máximo da conta.

O fundamento da perspectiva efficientista de segurança jurídica é, em suma, a livre circulação de mercadorias combinada com previsibilidade de custos. Para a crítica marxista, por seu turno, esta mobilidade das mercadorias nas trocas entre sujeitos de direito é um dos pressupostos dos processos de valorização e acumulação do valor. O que queremos observar em relação a isso é que as formulações sobre a responsabilidade civil realizadas por Coase, Birmingham e Posner se voltam à atuação da organização estatal como força material que, por meio do litígio, assegura a realização da equivalência na violabilidade da relação contratual.

⁶⁸ O dispositivo legal possui a seguinte redação: “Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.”

A segurança que a violação eficiente do contrato demanda do Estado não é qualquer segurança, mas a segurança especificamente jurídica. Isso significa, como vimos na análise da regra da reparação integral, que a ação da organização estatal nos marcos da violação eficiente do contrato é aquela que tem por objetivo a realização da equivalência contratual: o ponto ótimo da indenização é aquele em que a vítima da violação não sai ganhando nem um centavo sequer a mais do que teria ganho se o contrato fosse cumprido, sob pena de desencorajar a alocação eficiente de recursos e a livre mobilidade das mercadorias.⁶⁹

O conteúdo da segurança jurídica extraído neste argumento valida, de algum modo, o que Marx já havia exposto no ano de 1843, em *Sobre A Questão Judaica*, ao comentar o conceito de segurança estabelecido na Constituição Francesa de 1793: “Através do conceito da segurança, a sociedade burguesa não se eleva acima do seu egoísmo. A segurança é, antes, a assecuração do seu egoísmo” (MARX, 2010b, p. 50). A isso podemos acrescentar: no sentido jurídico, não é a segurança de que as promessas serão cumpridas, mas a segurança de que será garantida a previsibilidade nos cálculos de ganho individual. O que a economia política de Birmingham e Posner sustentam como conteúdo do conceito de segurança jurídica é, em síntese, a atuação metricamente cirúrgica da organização estatal na garantia da equivalência contratual.

O que mais nos interessa a partir disto é que, ao nos provocar o estranhamento da noção familiar de segurança jurídica, a AED também nos provoca a estranhar o conjunto de relações que se realizam em torno de fatos de violação do direito. A crítica marxista ao direito aponta que o litígio é um momento mais complexo de realização do fenômeno jurídico, sendo necessária a articulação de uma série de mediações para podermos realizar a sua crítica e a sua reconstrução como concreto no plano do pensamento.

⁶⁹ Esta concepção parece não ter sido considerada pelas críticas à AED formuladas a partir da perspectiva garantista. Morais da Rosa, por exemplo, aponta que a AED defende a garantia da “confiança no cumprimento dos contratos” como corolário da função do poder judiciário de “fazer valer a liberdade de contratar”, sendo este “o lugar e a função do Estado para o modelo neoliberal”. Neste sentido, o autor aponta que esta liberdade de contratar “transforma os próprios sujeitos em mercadorias” (cf. MORAIS DA ROSA, 2011, p. 81-92). Para nós, entretanto, a mercantilização da vida pela forma da subjetividade jurídica está na própria historicidade do fenômeno jurídico. A teoria da violação eficiente do direito, por sua vez, coloca a eficiência econômica acima da confiança no cumprimento dos contratos, revelando a liberdade de contratar também em uma dimensão contraintuitiva: a *liberdade de violar as promessas contratuais* sob a garantia da liberação estatal.

Por sua vez, observamos em nossas leituras que os teóricos do conceito de violação eficiente do direito entram com serena tranquilidade no terreno das representações sobre o litígio. Já um pouco mais calejados com o exótico “que nunca pode passar a ser familiar”, o nosso espanto também se torna proporcionalmente menor: nas representações realizadas pelo campo da AED, a articulação entre responsabilidade civil e segurança jurídica apresenta-se tão natural e familiar na aparência quanto fetichizada e exótica na essência.

Esta articulação constitui um momento de maior complexidade da concretização do imbricamento das relações sociais de produção na totalidade. Existe, para a crítica marxista ao direito, uma complexa historicidade que condiciona a aproximação entre as realidades particulares representadas por estes dois conceitos no desenvolvimento do capitalismo, tema para o qual se exige uma abordagem que extrapola em muito as delimitações de nossa pesquisa.

Por outro lado, na dinamicidade deste contexto, a AED talvez esteja apresentando algo que interessa especificamente ao desenvolvimento de nossa investigação: com a sua característica sinceridade burguesa, os autores da violação eficiente do direito chegam agora ao ponto de sustentar explicitamente que, mirando a elevação da eficiência econômica em sua dimensão social, a objetividade mensurável da liberdade de violar as promessas contratuais deve ser tutelada pela organização estatal.

Este conjunto de representações, por constituir o resultado de abstrações mais atuais e menos ingênuas dos pressupostos do processo de valorização e do movimento real da violação do direito, interessa à compreensão da forma da violação do direito que encontramos hoje no capitalismo. Há, como pudemos observar no decorrer deste capítulo, surpreendentes elementos abstraídos na construção da teoria da violação eficiente do direito que apontam neste sentido. O que agora nos cabe é, depois de “adentrar no território inimigo”, retornar ao campo da crítica marxista do direito e realizar a crítica ao material colhido.

Neste sentido, não é demais retomar o que expusemos na introdução: *crítica*, para nós, significa mais precisamente trazer à consciência os fundamentos de determinado objeto e, também, negá-lo e realizar a sua superação prático-teórica (NETTO, 2011). Nosso objetivo daqui em diante, portanto, será reunir as condições para que possamos, no sentido colocado, realizar a crítica daquilo que nos ensina o exótico campo da AED em relação à violação do direito. Para tanto, devemos antes de chegar aos momentos de maior complexidade com que

nos deparamos, começar pela articulação dos elementos mais simples que permitam a explicação deste fenômeno.

Passaremos, assim, ao terceiro e último capítulo de nossa exposição. No seu desenvolvimento, passaremos por outros procedimentos metodológicos para, ao final, combiná-los com os elementos abstraídos no conceito violação eficiente do direito. Com isso, ao final deste percurso, buscaremos realizar a aproximação de uma possível compreensão da categoria violação do direito como proposta de síntese dos acúmulos de nossa pesquisa.

3 O ESTRANHAMENTO COMO SÍNTESE: APROXIMAÇÕES AO MOVIMENTO REAL DA VIOLAÇÃO DO DIREITO

Na mitologia grega, conta-se que Tântalo, um dos filhos mortais de Zeus que veio a se tornar rei da Frígia, tendo convidado os deuses para um banquete em seu palácio, serviu-lhes como refeição o próprio filho, Pélops, provavelmente como forma de testar a onisciência dos imortais. Sentindo-se afrontados pela situação, os deuses decidiram punir Tântalo, submetendo-lhe a sofrer, em um lago no Tártaro, um suplício eterno.

Tântalo foi submerso até o pescoço em lago de água fresca e límpida, o qual era rodeado por árvores de frutos saborosos. Porém, o suplício consistia em não poder saciar a sede ou a fome. Ao tentar beber água, o nível do lago descia e lhe impedia que nela tocasse a boca. Tentando apanhar as frutas pendentes próximas ao lago, os galhos se movimentavam e as afastavam de sua mão. Esta foi a punição de Tântalo: a privação da satisfação de seus desejos pela eternidade.

Na *Odisseia*, o suplício de Tântalo aparece no Livro XI nos versos assim traduzidos por Manoel Odorico Mendes:

Vi Tântalo também, num lago imenso / Que o mento lhe banhava, ardendo em sede. / Pois, a apagá-la se perdia o velho, / A água absorta escoando-se, um demônio / Aos pés seco atro lodo lhe mostrava. / Sobre a cabeça corpulentos galhos / Suspendiam-se frutas sazoadas, / Figos doces, romãs, pêras e olivas; / Mas, se o velho faminto ia colhê-las, / O vento as levantava às densas nuvens. (HOMERO, 2009, p. 130).

Esta narrativa mítica constitui, para o processo final de nosso exercício de estranhamento do fenômeno da violação do direito, um convite para imaginarmos um caso análogo à violação do direito no contexto de uma espécie de organização não jurídica. No caso de Tântalo, assim como em outros mitos da antiguidade grega (Prometeu e Sísifo, por exemplo), a punição pela violação de uma regra implícita foi a imposição de um suplício eterno, medida definida a partir do exercício da ilimitada criatividade dos deuses.

O que mais espanta nesta narrativa, para além da poética imagem da dança das águas e dos frutos em reação aos impulsos do “velho faminto”, é a força da ideia do infinito. Muito mais do que a pena de morte, a imposição de um castigo para além da contagem de todos os dias aparece, na perspectiva da modernidade, como um brutal exagero, uma crueldade

desproporcional. Talvez para um grego dos tempos de Homero, em um outro contexto de relação entre o humano e o tempo, o sentido do mito fosse outro.

O caso é que, como vimos no primeiro capítulo, o fetichismo jurídico nos familiariza a determinado modo de perceber as coisas. Retomando uma passagem citada, a questão pode ser resumida do seguinte modo: “a capacidade abstrata de qualquer um de vir a ser portador de direitos de propriedade torna difícil para o pensamento burguês ver algo além de sujeitos de direito” (ARTHUR, 2017, p. 30).

Até aqui, passamos pelo processo de estranhar estas familiaridades, buscando encontrar a dimensão exótica do movimento real do direito a partir do exercício da crítica marxista. Em seguida, buscamos no campo da AED, transformado de exótico em familiar, representações do fenômeno da violação do direito produzidas sob a centralidade do critério da eficiência econômica. Agora chegamos ao momento final da exposição, cuja proposta consiste em retomar os elementos acumulados nesta tênue linha entre o familiar e o exótico em um processo final de estranhamento como síntese.

Assim como, para a crítica marxista, o direito – mais do que uma palavra – é pensado como uma categoria, pretendemos nos aproximar de uma abordagem da violação do direito como categoria também construída mirando a totalidade como pressuposto metodológico da construção do pensamento crítico. Ao longo da exposição deste capítulo, buscaremos demonstrar que é a familiaridade com a forma da violação do direito que nos torna tão exótica a imagem de um suplício eterno e imprevisível, como o imposto pelos deuses no mito de Tântalo. Em contrapartida, poderemos perceber também que, estranhando o capitalismo, não é menos exótico o pagamento de uma medida equivalente ao direito violado, forma tão socialmente familiarizada que nos aparece como se fosse natural.

Ao Tântalo moderno, é possível prever com antecedência qual a extensão do pagamento decorrente de uma violação do direito. As relações de violação do direito, em sua forma mais diferenciada atingida no capitalismo, realizam-se sob a forma de relação entre sujeitos de direito. A troca de equivalentes torna-se a forma pela qual, como em um contrato, Tântalo pode medir e quitar a sua ofensa, tornando-se apto para quitar e livre para ofender novamente.

O tempo, por sua vez, assume outro sentido na imposição das medidas penais: a forma moderna de punição apresenta-se sob a lógica da proporcionalidade e do retorno linear à liberdade com o cumprimento da pena – não à toa, forma semelhante ao ciclo do processo de troca capitalista, fundamentalmente baseado na conversão do tempo de trabalho abstrato em

dinheiro e vice-versa. Por fim, o suplício dá lugar à reparação equivalente, e o prévio estabelecimento dos limites da punição na forma da troca de equivalentes permite que a arbitrariedade capitalista do cálculo substitua a arbitrariedade mítica dos deuses.

Na medida em que, para o processo de troca capitalista, o ser humano é antes de tudo reduzido a um sujeito titular de mercadorias intercambiáveis – fundamentalmente, a força de trabalho por salário –, a forma da subjetividade jurídica tende, com a regularidade dos atos de troca, a se generalizar e adquirir relativa autonomia. O “direito”, afirma Pachukanis, “é uma relação social que, em maior ou menor medida, pinta com suas cores ou transmite sua forma para outra relação social”, sendo que esta forma, como vimos, não é mais do que “a forma mistificada de uma relação social bem *específica*” (PACHUKANIS, 2017a, p. 92, *itálico no original*).

Esta concepção de Pachukanis pode ser desenvolvida com outras implicações na investigação da generalidade da violação do direito. Onde encontramos um verniz jurídico, esconde-se a transmissão da forma mistificada e autonomizada da troca de mercadorias entre sujeitos de direito. No caso extremo do homicídio, o que em essência caracteriza o processo penal como relação jurídica é a definição de quanto tempo o criminoso deve pagar para quitar sua dívida. São as tintas do contrato que, encontrando ofensor e vítima relacionando-se na qualidade de sujeitos de direito, dão as cores específicas das relações de violação do direito.

Veremos, ao longo da exposição desta última etapa, qual foi o caminho que percorremos em nossa pesquisa para chegarmos a estas conclusões.

Começaremos apresentando a descrição do caso do Grupo Serpos, examinando-o como uma manifestação fenomênica da violação do direito em circunstâncias particulares na realidade brasileira recente. Como veremos, o documento *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011* retrata a violação deliberada da legislação trabalhista por uma organização empresarial de modo raramente nítido. É justamente por este motivo que ele se torna um valioso recurso ilustrativo para conduzir a exposição deste capítulo.

Na segunda etapa, apresentaremos uma leitura intensiva – quer dizer, voltando-se para dentro da análise de um texto específico e opondo-se a um viés literariamente extensivo de investigação – de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Com isso, passaremos, em alguns momentos, por sequências de páginas de exposição recorrendo a esta única e mesma referência bibliográfica, especialmente considerando a sua relevância já destacada em nosso primeiro capítulo.

Por último, chegaremos ao momento de síntese de nossa exposição. Buscando, enfim, conjugar os elementos encontrados em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* com outros procedimentos metodológicos, teremos por objetivo central entamar as aproximações que encontramos em nossos sucessivos processos de estranhamento do real. A expressão literária de tantos desenredos, por fim, pode ser encontrada em palavras de Guimarães Rosa: “todo abismo – adverte-nos o gigante cronista mineiro – é navegável em barquinhos de papel” (GUIMARÃES ROSA, 2001, p. 72).

3.1 O CASO DO GRUPO SERPOS

No ano de 2016, a Justiça do Trabalho movimentou mais de 24 bilhões de reais em valores pagos a trabalhadores litigantes, tendo arrecadado mais de 3 bilhões de reais aos cofres públicos em custas, emolumentos, verbas previdenciárias, verbas fiscais e multas (CEPTST, 2017).

Se fossem contados todos os advogados, juízes, funcionários, serventuários e demais trabalhadores envolvidos nos litígios trabalhistas, provavelmente nos depararíamos com um número proporcionalmente expressivo. A questão que podemos levantar a partir destes dados é: o que explica a mobilização material de tantos trabalhadores envolvidos na litigiosidade trabalhista e a movimentação anual deste volume de dinheiro?

Tal pergunta, evidentemente, poderia ser enfrentada sob diversos ângulos. Nosso principal interesse aqui, sem adentrar nesta gama de possibilidades, é começar este capítulo expressando como as relações de violação do direito estão conectadas – nas palavras de Pachukanis – “ao tecido econômico, ou seja, às relações de produção da sociedade”. Neste sentido, chegamos a uma segunda pergunta: que fatos poderiam ser enquadrados como violações da legislação trabalhista possíveis de ocasionar a movimentação de litígios na Justiça do Trabalho?

O caso da violação da legislação trabalhista nos interessa especialmente por sua complexidade. Inicialmente, é necessário perceber que a relação de emprego se caracteriza mais como um feixe de relações do que como uma única relação. O centro fundante deste amálgama certamente é a troca de força de trabalho por salário entre dois sujeitos de direito,

patrão e trabalhador. Aliás, este é o núcleo central do processo de produção de valor que sustenta o modo de produção capitalista.

Há, em torno desta relação nuclear, uma diversidade de relações em que a organização estatal, sob diversas formas particulares, aparece como terceiro vértice, tais quais relações securitárias (recolhimento de previdência social pelas duas partes), fiscais (recolhimento de imposto de renda), técnicas (dispositivos de segurança do trabalho) e administrativo-burocráticas (anotação da carteira de trabalho, comunicações ao Ministério do Trabalho etc.).

Além das relações mencionadas, existe um conjunto de regras previstas em leis produzidas pela organização estatal voltadas à regulação da compra e venda da força de trabalho. No caso da regulação trabalhista brasileira, entre estas regras se destacam, por exemplo, o salário mínimo, as férias, a limitação da jornada de trabalho e a indenização compensatória por despedida sem justa causa, todas previstas no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em relação à regulação legal da compra e venda da força de trabalho, em célebre passagem do capítulo XIII d’*O Capital*, Marx já caracterizava a “legislação fabril” como “meio de proteção física e espiritual da classe trabalhadora”. Trata-se da mesma obra, por outro lado, em que antes já havia se enfatizado: “[e]ntre direitos iguais, quem decide é a força” (MARX, 2017a, p. 570 e p. 309).

Não é demais, desde já, indicar um tema central que desenvolveremos adiante neste mesmo sentido. Nada impede que, nos moldes da teoria da violação eficiente do direito, o empregador exerça a *opção* de violar estes “direitos sociais” – assim chamados no texto constitucional. A legislação trabalhista, ao regular determinadas condutas aos empregadores sob a lógica jurídica, torna-se suscetível de ser violada com a mesma marca da elegibilidade que Birmingham caracteriza a opção entre cumprir ou violar os contratos. Neste sentido, com o caso do Grupo Serpos, poderemos observar uma manifestação real de violação deliberada da indenização compensatória, constitucionalmente declarada como direito do empregado demitido sem justa causa.

Antes disso, é o próprio Marx quem nos fornece os primeiros elementos empíricos sobre a violação da legislação trabalhista. A partir de suas pesquisas sobre a inspeção do trabalho na Inglaterra do século XIX, o autor d’*O Capital* reproduziu o seguinte relato no oitavo capítulo de sua obra máxima:

Muitas vezes, quando flagramos pessoas trabalhando durante a hora da refeição ou em outras horas ilegais, ouvimos a evasiva de que esses trabalhadores não querem de modo algum deixar a fábrica e precisam ser forçados a interromper o seu trabalho (limpeza das máquinas etc.), especialmente aos sábados. Mas se os braços permanecem na fábrica depois de as máquinas terem parado, isso só acontece porque nenhum tempo lhes é concedido para a execução dessas tarefas nas horas de trabalho estabelecidas por lei, isto é, entre 6 horas da manhã e 6 da tarde. Para muitos fabricantes, o lucro extra a ser obtido com o sobretrabalho além do tempo legalmente estabelecido parece ser uma tentação grande demais para que possam resistir a ela. Eles consideram a probabilidade de serem descobertos e calculam que, mesmo que sejam apanhados, o pequeno valor das multas e dos custos judiciais ainda lhes garante uma boa margem de ganho. Nos casos em que o tempo adicional é obtido pela multiplicação de pequenos furtos (*a multiplication of small thefts*) no decorrer do dia, os inspetores se deparam com dificuldades quase intransponíveis para a obtenção de provas da infração. (“REPORTS ETC. 31 OCT. 1856” citados por MARX, 2017a, p. 316).

No caso analisado por Marx, a depender das circunstâncias de competitividade do mercado, a violação da jornada legal aparece ao capitalista como a escolha mais racional – ou melhor, mais *eficiente*, atualizando a terminologia para a linguagem econômica da segunda metade do século XX. A violabilidade da legislação aparece de forma nítida em uma das passagens da análise marxiana deste mesmo capítulo: “[v]emos que, abstraindo de limites extremamente elásticos, a natureza da própria troca de mercadorias não impõe barreira alguma à jornada de trabalho e, portanto, nenhuma limitação ao mais-trabalho” (MARX, 2017a, p. 309).

Conforme podemos verificar na descrição sobre a prática empresarial dos inspetores do trabalho citados, a limitação é *legal* e, na grandeza monetária expressa pela forma jurídica de sua expressão legislativa, economicamente calculável. Com isso, podemos notar que Marx deixou importantes apontamentos sobre o fenômeno da violação da legislação trabalhista. Trata-se, inclusive, de tema que merece em si uma investigação mais aprofundada, a qual deixamos aqui projetada para outros momentos.

De todo modo, passado um século e meio da publicação d’*O Capital*, veremos que, na realidade brasileira atual, a violação de legislação trabalhista pode apresentar uma lógica semelhante à observada no caso dos industriais britânicos, assim indicada no relato dos inspetores de trabalho reproduzido acima: “[e]les consideram a probabilidade de serem descobertos e calculam que, mesmo que sejam apanhados, o pequeno valor das multas e dos custos judiciais ainda lhes garante uma boa margem de ganho”.

A nossa exposição, a partir daqui, volta-se a uma situação específica envolvendo a deliberação por parte de um grupo empresarial brasileiro pelo não pagamento da indenização compensatória por demissão sem justa causa aos trabalhadores demitidos de seu quadro no ano de 2011. Ao longo da exposição, já passamos por diversos exemplos – sobretudo, hipotéticos – de casos relacionados ao fenômeno da violação do direito. Abordaremos, a partir de agora, este caso real como forma de ilustrar as aproximações que pudemos acumular em nossa pesquisa.

Relatamos acima o dado de que, no ano de 2016, a Justiça do Trabalho movimentou mais de 24 bilhões de reais em valores pagos a trabalhadores litigantes. Destes 24 bilhões de reais, considerável fatia se refere a condenações judiciais decorrentes da violação de leis que regulamentam as verbas rescisórias devidas ao trabalhador na rescisão do contrato de trabalho. Trata-se, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, do tema mais recorrente em ações de todos os órgãos do Poder Judiciário. De acordo com o relatório *Justiça em Números 2017*, a litigiosidade na Justiça do Trabalho superou o número de quatro milhões de novos casos no ano de 2016, “com uma concentração no assunto ‘verbas rescisórias de rescisão do contrato de trabalho’ – o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário” (CNJ, 2017, p. 166).

Nesse sentido, segundo Adalberto Cardoso, cada vez mais a Justiça do Trabalho tem se tornado o “lugar de garantia de direitos rescisórios, enquanto antes acolhia também demandas relativas a direitos contratuais e legais burlados durante a vigência dos contratos”. Para o sociólogo, isso indica que os empregadores estão burlando as leis sistematicamente para reduzir custos de demissão (CARDOSO, 2003, p. 187-188).

Dentro do contexto do não pagamento sistemático das verbas rescisórias, delimitaremos nossas discussões a uma das modalidades destas verbas, prevista no texto constitucional brasileiro nas categorias dos “direitos fundamentais” e dos “direitos sociais”. Do que exatamente estamos falando diante de uma situação na qual o empregador “A”, tendo demitido sem justa causa o empregado “B”, não lhe paga a indenização compensatória prevista na legislação trabalhista?⁷⁰

⁷⁰ Em termos de regulação na forma legal, esta indenização é constitucionalmente declarada como direito social, tendo o seu valor fixado em quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados pelo empregador durante a vigência do contrato de trabalho na conta de FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de

Em torno desta questão, a nossa exposição se delimita ao grupo empresarial Serpos Serviços Póstumos LTDA – ME, fundado em 1980 no município de Anápolis/GO. A atividade econômica da unidade produtiva estudada envolve a prestação de serviços funerários e a comercialização de planos familiares de assistência médica e funerária. A matriz do grupo, englobando 19 unidades no ano de 2018, localiza-se em Goiânia/GO. Formalmente, trata-se de uma empresa considerada de pequeno porte, o que se expressa em sua opção pelo regime tributário denominado “Simples Nacional”. De acordo com a vigésima quinta alteração contratual do grupo, ocorrida em 10 de maio de 2011, o capital social da empresa foi declarado na ocasião em R\$ 470.000,00.⁷¹

No ano de 2013, as empresas integrantes do Grupo Serpos foram demandadas em um litígio trabalhista por um de seus ex-diretores financeiros, demitido no ano anterior. O processo, autuado sob o número 0010305-07.2013.5.18.0052, teve trâmite perante a 2ª Vara do Trabalho de Anápolis/GO, órgão jurisdicional pertencente ao Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. O que mais interessa ao presente estudo, entretanto, não é a análise desta ação trabalhista em si, mas sim de um dos documentos nela apresentados pelo ex-diretor demandante. Referimo-nos ao documento intitulado *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*.⁷²

Trata-se de um relatório datado de 31 de dezembro de 2011, subscrito por um advogado identificado ao departamento jurídico da empresa ré. O documento descreve resumidamente os processos trabalhistas em que o Grupo Serpos foi demandado em ações trabalhistas ajuizadas ao longo deste mesmo ano. O relatório – nitidamente voltado à circulação interna na organização empresarial – apenas foi publicamente revelado no contexto circunstancial do ajuizamento da ação trabalhista descrita, vale notar, o que foi feito

Serviço do empregado (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 7º, inciso I; Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, I; Lei nº 8.036/1990, art. 18, § 1º).

⁷¹ Informações obtidas na página eletrônica do Grupo Serpos (<http://serpos.com.br/>) e a partir da análise da documentação registrada na Junta Comercial do Estado de Goiás (Contrato Social nº 52110856252).

⁷² O documento *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*, a partir de sua divulgação por um estagiário do Ministério Público do Trabalho, circulou entre alguns estudantes do curso de direito da Universidade Estadual de Londrina no ano de 2014, circunstância na qual dele tomamos conhecimento.

especificamente por um trabalhador de alto escalão. Atualmente, encontra-se disponível ao acesso público no sistema eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.⁷³

O relatório possui cinco páginas, dividindo-se em três partes. Na primeira, listam-se 16 processos judiciais trabalhistas em que o Grupo Serpos foi demandado por trabalhadores desligados da empresa. Na listagem, o relatório apresenta como informações: (i) o nome, o cargo e o município do trabalhador demandante, (ii) o número do processo judicial e (iii) um relato do que ocorreu no respectivo processo judicial. Reproduziremos abaixo três dos casos relatados selecionados de forma arbitrária, apenas a título de exemplificação do conteúdo do documento disponível na íntegra como anexo a este trabalho:

LUZIÂNIA

1 – Reclamante: Eugênia Pascoal⁷⁴ (vendedora)

Processo: 699/2011

Obs.: Acordo no valor de R\$ 850,00. Apenas verbas rescisórias, sem multa do FGTS e sem aviso prévio.

[...]

IPAMERI

1 – Reclamante: Carlos Henrique Tréveris (agente funerário)

Processo: 1695-45.2011 Vara do Trabalho de Catalão

Obs.: Acordo no valor de R\$ 9.000,00. Já sabíamos que esse funcionário daria problema, então orientei para que nada fosse pago a ele, para que fizéssemos apenas um acerto na justiça. As verbas rescisórias davam R\$ 6.500,00. Foram realizadas duas audiências. O valor da causa era de R\$ 96.423,00, sendo que aproximadamente R\$ 43.000,00 era só de horas extras. Na primeira audiência em novembro foi pedido pelo Reclamante o valor de R\$ 50.000,00 para fazer acordo, e eu ofereci o valor de R\$ 5.000,00. Sem acordo, foi remarcada a 2ª audiência para dezembro, o Reclamante abaixou o pedido de acordo para R\$ 40.000,00 e eu aumentei a proposta para R\$ 6.000,00. Como não houve acordo, o juiz passou a ouvir as testemunhas, depois de ouvidas as minhas testemunhas o juiz fez uma sugestão de acordo no valor de R\$ 10.000,00. O Reclamante e seu advogado aceitaram, eu fiz proposta de R\$ 7.000,00. Diante do depoimento das testemunhas e pelas folhas de ponto, constatei que havia restado comprovadas algumas horas extras, principalmente as horas de intervalo para refeição, o que daria

⁷³ O relatório integra esta dissertação na forma de anexo, também podendo ser consultado no endereço eletrônico <<https://pje.trt18.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=13032210525710700000000246924>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

⁷⁴ Adaptamos o documento substituindo o nome real dos trabalhadores citados por nomes fictícios.

aproximadamente R\$ 6.000,00 de horas extras. Então, fiz proposta de acordo de R\$ 8.000,00 e o juiz abaixou a sugestão para R\$ 9.000,00, onde fechamos o acordo, tendo o juiz discriminado as verbas para que a empresa não precisasse pagar INSS sobre o valor do acordo.

Subtraindo do valor do acordo o valor das verbas rescisórias do reclamante aproximadamente de R\$ 6.500,00, pagamos para o mesmo R\$ 2.500,00 de horas extras, sendo que o reclamante laborou na empresa por 4 anos.

PORANGATU

1 – Reclamante: Frederico dos Anjos

Processo: 492/2011

Obs.: Acordo no valor de R\$ 7.000,00. Recebeu apenas as verbas rescisórias, menos a multa do FGTS. Esse também deixou claro que iria entrar na justiça, desafiou a gerente e foi demitido POR JUSTA CAUSA, não pagamos nada na rescisão dele, justamente para forçar um acordo na audiência, o que deu certo, considerando que o reclamante queria inicialmente R\$ 20.000,00 para fazer acordo.

Após a descrição de todos os 16 processos judiciais trabalhistas, seguindo o formato acima reproduzido, inicia-se a segunda parte do relatório sob o título “Resumo”. Neste item, o documento apresenta uma espécie de balanço comercial dos valores pagos nas ações trabalhistas listadas. Seleccionamos os seguintes trechos como os mais representativos do texto:

[...] pagamos o valor total de R\$ 33.692,00. Sendo que nesse valor está incluído o valor de todas as rescisões [...], considerando que em todos os casos, como o empregado já tinha dado sinais que iria entrar na justiça, não fizemos o acerto rescisório na empresa, deixando para acertar tudo na justiça do trabalho. [...] a multa de 40% do FGTS somente foi paga na ação acima citada (nº 01 de Ipameri), tendo o Grupo Serpos economizado a multa de 40% do FGTS em todas as outras ações. Quanto ao aviso prévio indenizado, somente foi pago na ação nº 1 de Ipameri e na ação nº 01 de Porangatu, em todas as outras ações o Grupo Serpos economizou o aviso prévio.

Em um terceiro momento, ao final do documento, há um tópico denominado “Conclusões e orientações”. É este o item que mais interessa à presente análise. Optamos, assim, por transcrevê-lo na íntegra:

CONCLUSÕES e ORIENTAÇÕES. Por meio das experiências vividas nesse ano, podemos concluir que a estratégia de não efetuar acerto/pagamento de funcionários que apresentam sinais de que vão criar problemas trabalhistas é a melhor solução. Isso porque: 1- Quando deixamos de efetuar o pagamento do acerto rescisório do empregado na empresa ele

geralmente fica sem nenhum dinheiro, o que faz com que fique mais necessitado de um acordo para ter acesso imediato ao dinheiro, pois suas contas estão vencendo e ele sabe que um processo trabalhista pode demorar muito: 2- Também quando deixamos de pagar as verbas rescisórias do empregado na empresa o valor que vamos propor para fazer um acordo na justiça do trabalho fica mais auto [sic] e isso faz com que o advogado do empregado também prefira o acordo, pois terá acesso rápido aos seus honorários, e mais do que o seu cliente, ele sabe que o processo pode demorar anos: 3- No entanto, precisamos ter a estratégia bem montada para não incorrerem em multa do art. 477 da CLT. Por isso, quando o empregado criar problema, o correto é dizer a ele que procure os seus direitos, que a empresa irá acertar com ele somente na justiça, sem entregar qualquer documento ao empregado. Assim, quando ele entrar na justiça e disser que foi dispensado, nós alegaremos que ele abandonou o emprego, e que jamais houve dispensa, com isso, livramos a empresa da multa e ficamos mais próximos de um acordo. 4- Quanto aos descontos dos prejuízos causados à empresa pelos empregados, tais como: multa de trânsito, batidas de carro, diferenças de caixa e outros, a partir de agora teremos embasamento legal para efetuar esses descontos, vez que passamos a incluir a cláusula no contrato de trabalho dos empregados, tanto nos novos contratados, quanto nos antigos, pois os contratos estão sendo trocados pelo Departamento de Recursos Humanos. Finalmente, concluímos com toda certeza que no ano de 2011 o saldo das ações trabalhistas foi muito positivo para o Grupo Serpos, pois se somados apenas os valores das multas de 40% de FGTS que a empresa deixou de pagar nas ações acima relacionadas teremos uma economia aproximada de R\$8.320,00. Sem contar o aviso prévio. Ou seja, a empresa se livrou de empregados problemáticos, sem a necessidade de pagar aviso prévio e multa do FGTS em praticamente todos os casos. Um trabalho articulado entre o departamento Jurídico, o departamento de Recursos Humanos e os chefes dos demais departamentos, com troca de idéias e experiências constantemente, corrigindo os erros logo que forem notados, conduzirá o Grupo a resultados cada vez melhores. Prova disso é a redução já aplicada sobre a comissão dos cobradores que antes era de 10%, depois passamos para 8% e agora concluímos que o ideal para o momento é fixarmos a comissão em 6%. Trabalho, compromisso e articulação entre os departamentos, colando essa política em prática, 2012 será um excelente ano pra todos.

Como resultado da análise deste documento pelo órgão jurisdicional trabalhista, o Ministério Público do Trabalho foi oficiado para tomar conhecimento do caso e tomar as providências que entendesse cabíveis. O órgão, por meio da Procuradoria do Trabalho no Município de Anápolis/GO, ajuizou no ano de 2013 a Ação Civil Pública nº 0011050-81.2013.5.18.0053 em face do Grupo Serpos, requerendo ao Poder Judiciário, entre outros pedidos, a determinação à empresa da abstenção de “retenção dolosa de qualquer verba trabalhista” e de “desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das leis trabalhistas”. Nesta ação, o Ministério Público do Trabalho requereu a aplicação de multa de R\$ 5.000,00 por cada ato

irregular praticado pela empresa e, por fim, a condenação do Grupo Serpos ao pagamento de indenização por dano social no valor de R\$ 100.000,00, a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.⁷⁵

Fazendo uma breve síntese a partir da análise da íntegra deste processo, observamos que o litígio teve fim com a homologação judicial de um acordo realizado em 4 de março de 2016 entre o Ministério Público do Trabalho e o Grupo Serpos.⁷⁶ A empresa assumiu as obrigações requeridas pelo Ministério Público do Trabalho e comprometeu-se a pagar R\$ 45.000,00 a título de danos morais coletivos. Após o integral cumprimento destes termos, os autos foram remetidos ao “arquivo definitivo eletrônico” em 11 de dezembro de 2017. Em análise do processo, observamos ainda que os valores foram pagos e, ao final, por indicação do Ministério Público do Trabalho, revertidos ao Centro Materno Infantil de Anápolis. Podemos destacar também que, na Ação Civil Pública, atuou representando o Grupo Serpos o mesmo advogado que assinara o *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*, sendo que, no curso do processo, este reconheceu a veracidade do documento.

Pois bem, vejamos agora o que podemos acumular para a investigação da violação do direito a partir da análise deste caso. Em um primeiro momento, podemos perceber que a produção do relatório e o contexto no qual ele se insere estão relacionados centralmente à questão das verbas rescisórias devidas pelo empregador no desligamento de empregados, incluindo a indenização compensatória por demissão sem justa causa, “direito” ao qual propomos delimitar nossa análise.

Em relação ao conteúdo do *Relatório de Processos Trabalhistas*, observamos que o caso retrata a violação deliberada da legislação trabalhista, percebida como um fenômeno silenciosamente comum na realidade brasileira. Ao menos no plano discursivo, a rejeição do caráter protetivo da legislação trabalhista pelo empresariado é apreendida desde a época da

⁷⁵ O processo teve trâmite perante a Terceira Vara do Trabalho de Anápolis/GO, órgão jurisdicional pertencente ao Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. A petição inicial da Ação Civil Pública, da qual foram transcritos os trechos acima, pode ser acessada no endereço eletrônico: <<https://pje.trt18.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1309271702124000000001405869>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁷⁶ O acordo pode ser acessado no endereço eletrônico: <<https://pje.trt18.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=16030413564729100000010807911>>. Acesso em: 31 mar. 2018

promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, na década de 1940 (FRENCH, 2001), até a década de 2010 (COZERO, 2014).⁷⁷

Na literatura crítica do direito do trabalho e da sociologia do trabalho, tal percepção aparece no período posterior à Constituição Federal de 1988 em expressões como “delinquência patronal” (RAMOS FILHO, 1994, 2008a, 2008b, 2012), “direito do trabalho debilitado” (COUTINHO, 1998), “desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista” (SOUTO MAIOR, 2007 e 2011), “normalidade da ausência de efetividade dos direitos dos trabalhadores” (COUTINHO, 2007) e “flexibilização a frio da legislação trabalhista” (CARDOSO, 2003).⁷⁸

Entretanto, apesar de bem embasadas, constatamos ser ausente nestas pesquisas o acesso empírico à realidade da gestão empresarial das relações de trabalho, ou seja, aos padrões de planejamento e execução da gestão destas relações organizados internamente. Evidentemente, são raros os momentos em que isso se torna possível. É por isso que o caso do Grupo Serpos se torna em alguma medida uma raridade que nos serve a ilustrar o debate sobre questão da violação do direito.

Temos, com isso, um quadro formado pelo desenho de uma política pública específica (indenização compensatória por demissão sem justa causa) e por fatos de violação deliberada da legislação que a regulamenta (não pagamento da indenização pelo Grupo Serpos), em alguma medida representativo das formulações indicadas na literatura citada. O *Relatório de Processos Trabalhistas*, na medida em que aparece como manifestação fenomênica destes fatos, suscita uma série de questões que poderiam ser enfrentadas de modo mais aprofundado envolvendo não apenas a violação do direito, mas também as áreas do direito do trabalho, da sociologia do trabalho e, ainda, o estudo da implementação de políticas públicas, possibilidades que aqui deixaremos sugeridas.

O caso do Grupo Serpos constitui, em síntese, uma manifestação fenomênica da violação deliberada da legislação trabalhista. Distintamente dos casos de violação contratual

⁷⁷ Para uma abordagem que se volta a esta problemática a partir da teoria marxista da dependência, sugerimos a leitura das pesquisas de Rubens Bordinhão Camargo Neto (2015) e Naiara Andreoli Bittencourt (2017).

⁷⁸ No caso da pesquisa de Adalberto Moreira Cardoso (2003), trata-se de rara pesquisa empírica de fôlego no campo desta temática, na qual o sociólogo confrontou como indicadores a queda na proporção de assalariados com carteira assinada e o aumento do número de demandas na Justiça do Trabalho na década de 1990.

analisados no capítulo anterior, agora nos deparamos com uma situação que envolve, além das relações contratuais de trabalho entre a empresa e seus empregados, a realização da mediação jurídica de forma autonomizada – expressão de que tratamos no item 1.2.3 – nas relações decorrentes do não pagamento da indenização compensatória por demissão sem justa causa. Estamos diante da violação de uma norma “dada na forma de uma lei do Estado”, para utilizar uma expressão extraída de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (PACHUKANIS, 2017a, p. 98-99).

A deliberação matematicamente calculada do Grupo Serpos pela ação de violar a legislação trabalhista como estratégia de redução de custos e maximização de lucros, nitidamente, é bastante semelhante às formulações de Birmingham e Posner sobre a deliberação entre cumprir ou violar contratos como ação racional desejável para a violação eficiente do direito. Entretanto, a passagem de um contexto para o outro exige uma série de mediações.

Um dos resultados de nossa pesquisa, cujos fundamentos demonstraremos mais adiante, é que foram identificados ao menos três grandes grupos de relações violações do direito: as relações de violação do contrato, as relações de violação da legislação e as relações de violação de direitos subjetivos. Estes três grupos assumem a mesma forma da violação do direito em geral.

Em certa medida, o caso do Grupo Serpos nos permite examinar a complexidade implicada na relação entre empresa e trabalhador no momento em que a realização da forma jurídica, sem se confundir com a legislação trabalhista, encontra-se com ela. Nesta circunstância particular, um encontro dado na forma do litígio originado por fatos de violação da legislação reguladora do direito de indenização por demissão sem justa causa.

Não parece que seja prudente, entretanto, começarmos aqui sozinhos a tarefa de interpretar a complexidade deste caso particular de violação do direito. Será necessário escavarmos e sistematizarmos as aproximações a esta categoria historicamente acumuladas na construção da crítica marxista. Em nossa proposta, ao menos neste primeiro momento, a investigação se delimita centralmente a *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, obra a cuja análise se dedica o próximo item desta exposição.

Nossa intenção em relação à imagem do Grupo Serpos, por sua vez, é que esta figure neste trajeto como o recurso ilustrativo que permaneça sinalizando o momento a que queremos direcionar nossas discussões. Deste modo, o seu estudo será retomado mais adiante, permitindo

que, no desfecho da exposição, estejamos novamente mais próximos da totalidade concreta que miramos como o momento para o qual a pesquisa deve, ao fim, ascender.

3.2 A VIOLAÇÃO DO DIREITO COMO CATEGORIA

É recorrentemente citada por leitores de Pachukanis a seguinte passagem do prefácio de 1926: “A crítica marxista da teoria geral do direito está apenas começando. Nesse campo, as conclusões mais acabadas não serão alcançadas de repente; elas devem basear-se em uma análise minuciosa de cada ramo do direito em particular.” No texto, afirma o autor que o marxismo estaria, então, “apenas começando a ganhar um novo campo”. E prossegue dizendo que *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, “ao trazer para o debate algumas questões da teoria geral do direito, serve sobretudo a essa tarefa preliminar” (PACHUKANIS, 2017a, p. 59-60).

Neste sentido, desde então, foram muitas as pesquisas dedicadas a elaborar avanços teóricos, propor revisões e incorporar novos elementos ao que, aqui, temos denominado crítica marxista ao direito. Dentro do quadro das questões que permanecem abertas à análise, encontramos a violação do direito. Apesar de não constituir uma espécie de “ramo do direito em particular”, para cada qual Pachukanis aponta a necessidade de “uma análise minuciosa”, a violação do direito é um objeto conexo ao fenômeno jurídico, tendo Pachukanis lhe dedicado instigantes considerações no sétimo e último capítulo de sua obra.

Trata-se, como veremos, de um momento em que o fenômeno jurídico, em seus múltiplos imbricamentos com a totalidade, apresenta-se em um nível mais complexo do que aquele que tratamos no primeiro capítulo.

A complexidade implicada em uma possível construção categorial relacionada à questão da violação do direito pode ser percebida, de início, com a evidência de que, no cotidiano, nem sempre é o “direito” que aparece como predicativo da “violação”. Basta observar que, nesta pesquisa, tratamos da violação *do contrato* no capítulo anterior e, com a descrição do caso do Grupo Serpos, estamos diante uma manifestação fenomênica de violação *da legislação trabalhista*.

Do mesmo modo, no capítulo sétimo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, a palavra *violação* tem como predicativo não apenas o *direito*⁷⁹, mas também a *norma*⁸⁰, a *lei*⁸¹, o *juramento*⁸², o *interesse público*⁸³ e até mesmo a *existência pacífica e tranquila*⁸⁴. O não cumprimento voluntário do contrato, por sua vez, também aparece em outro momento da análise do autor, ao lado da violação da *paz*⁸⁵. Esta diversidade, evidentemente, não se reduz a um recurso estilístico empregado pelo soviético. Para os propósitos de nossa investigação, trata-se de uma questão central e inegligenciável na aproximação da generalidade do fenômeno da violação do direito. Buscaremos, mais adiante, realizar a aproximação de uma possível sistematização de alguns destes usos.

Para chegarmos a este momento da exposição, entretanto, iniciaremos nossa análise apresentando o modo como Pachukanis aborda o fenômeno da violação do direito em sua principal obra. Pois bem, podemos então partir do seguinte questionamento: quais são as contribuições encontradas em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* para uma abordagem generalizante – ou seja, que abranja uma diversidade de fenômenos conexos apreendidos na sociedade capitalista – na construção da categoria violação do direito?

Buscando enfrentar esta questão, os próximos itens desta exposição se dedicam à busca de elementos que, a partir da obra pachukaniana, impulsionem a investigação da violação do direito no desenvolvimento da crítica marxista ao direito.

⁷⁹ Além do próprio título do capítulo, por exemplo, em “[a] relação jurídica adquire historicamente seu caráter específico antes de tudo em fatos de violação do direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166).

⁸⁰ Primeiro em “[a] insubordinação à norma, a violação desta [...]” e, depois, em “o direito penal moderno não parte, a princípio, do prejuízo da vítima, mas da violação da norma estabelecida pelo Estado” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166 e p. 174).

⁸¹ Em “[a] lei e a pena por sua violação [...]” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167) e também, anteriormente, no título de sua tese de doutorado: “Estatística das violações das leis de segurança do trabalho”.

⁸² Sobre a Roma antiga, Pachukanis afirma que o juramento era “uma parte indispensável da relação jurídica”. Deste modo, “o próprio ato de jurar era um ato religioso, e o falso juramento ou a violação de um juramento, um delito religioso” (PACHUKANIS, 2017a, p. 170, nota 11).

⁸³ “A abstração da violação do interesse público apoia-se totalmente na figura da vítima, que toma parte no processo pessoalmente ou por meio de um representante e confere a esse processo um sentido vital” (PACHUKANIS, 2017a, p. 174).

⁸⁴ “A necessidade de se fixar e definir com precisão a extensão e o conteúdo dos direitos e das obrigações mútuas surge no momento em que a existência pacífica e tranquila é violada” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166).

⁸⁵ “Na sociedade dos possuidores de mercadorias, a necessidade de uma coerção autoritária aparece quando a paz é violada ou quando os contratos não são cumpridos voluntariamente” (PACHUKANIS, 2017a, p. 147).

3.2.1 A violação do direito na estrutura de exposição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*

Trataremos mais detidamente, neste item, da localização da questão da violação do direito em uma análise da estrutura de exposição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* como um todo.

A obra, após uma introdução intitulada “Tarefas da teoria geral do direito”, divide-se em sete capítulos. Posteriormente foram incorporados, em 1926, o prefácio à segunda edição – com comentários editoriais e debates travados com as críticas realizadas após a primeira divulgação – e, em 1927, o prefácio à terceira edição.

É possível observar que a exposição propriamente dita dos resultados apresentados por Pachukanis se inicia apenas no quarto capítulo, intitulado “Mercadoria e sujeito”. É nele que em direção à “explicação da especificidade do direito [...] Pachukanis verticaliza o embasamento de sua tese” (PAZELLO, 2015, p. 136) e passa a concretizar, como método de exposição, o movimento do simples ao complexo.

Podemos considerar que os capítulos anteriores (“1 – Método de construção do concreto nas ciências abstratas”, “2 – Ideologia e direito” e “3 – Relação e norma”), evidentemente não menos importantes, são em certa medida introdutórios, tratando, em geral, mais propriamente de fundamentos de método, de questões epistemológicas, da contextualização das limitações do pensamento jurídico normativista dominante e da delimitação dos problemas teóricos enfrentados na obra. Neste itinerário, é certo que Pachukanis adianta e comenta os resultados centrais de sua investigação. Entretanto, é apenas na sequência que começa a rigorosamente demonstrá-los.

No quarto capítulo (“Mercadoria e sujeito”), retomando brevemente o que vimos anteriormente, a partir de uma acurada leitura d’*O Capital*, com ênfase para o trecho inicial do segundo capítulo (“O processo de troca”), Pachukanis identifica o sujeito como o elemento mais simples do fenômeno jurídico, iniciando a partir dele a análise que leva à delimitação da especificidade do direito em relação às demais relações sociais burguesas. Em termos de método, como afirma Pachukanis, “devemos começar pela análise da forma jurídica em seu aspecto mais abstrato e puro e passar, depois, pelo caminho de uma gradual complexidade até a concretização histórica” (PACHUKANIS, 2017a, p. 86).

Passando pelos capítulos quinto (“Direito e Estado”) e sexto (“Direito e moral”), *Teoria Geral do Direito e Marxismo* se encerra no capítulo sétimo (“Direito e violação do

direito”). Como o livro não tem uma seção destacada para conclusões e considerações finais, é este último o capítulo que lhe serve de desfecho. Com isso, se assumirmos que Pachukanis realiza a exposição dos resultados de sua investigação do simples ao complexo, chegaremos à conclusão de que nosso autor reserva à aproximação da “violação do direito” a posição de um dos momentos de maior concretização histórica do fenômeno jurídico abordados em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*.

Para além da análise da organização da obra, também afirma diretamente o autor: “a relação jurídica adquire historicamente seu caráter específico antes de tudo em fatos de violação de direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166). Em síntese, tendo começado pela identificação do sujeito de direito como o elemento mais simples do fenômeno jurídico, Pachukanis chega ao capítulo sétimo em um momento de maior complexidade, sendo necessária a mobilização articulada das categorias desveladas no curso da obra para o exercício da crítica. Interessa-nos pensar em que medida a construção teórica deste capítulo pode contribuir para a elevação da compreensão da crítica marxista ao direito sobre a generalidade do fenômeno da violação do direito.

Além disso, sabe-se que Pachukanis, em seus estudos na Alemanha, entre 1910 e 1914, preparou uma tese de doutorado intitulada *Estatística das Violações das Leis de Segurança do Trabalho*. Infelizmente, não se sabe qual teria sido o teor da tese, que, aliás, “parece nunca ter sido depositada” (NAVES, 2017b, p. 352). Ainda assim, o interesse de nosso autor pelo tema, anos antes da elaboração e publicação de sua obra máxima, já indicava que a violação viria a ser um momento do fenômeno jurídico relevante para o desenvolvimento da crítica marxista ao direito.

De modo geral, como já adiantamos em nosso primeiro capítulo, a escolha pelo uso da expressão “violação do direito” nesta pesquisa decorre diretamente de seu encontro na obra pachukaniana. Vimos agora que o tema, sobretudo considerando a localização do capítulo sétimo na estrutura de exposição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, ocupa posição de grande relevância na concepção pachukaniana do fenômeno jurídico.

Os instigantes apontamentos encontrados, porém, não culminaram em uma sistematização ordenada. Não fica diretamente nítido ao que Pachukanis de fato estava se referindo com a expressão violação do direito, tampouco porque *Teoria Geral do Direito e Marxismo* se encerra em uma seção dedicada ao tema. Sob este contexto, nossa tarefa a partir daqui consiste em reunir os elementos extraídos de nossa interpretação do capítulo sétimo que contribuam para a

investigação da violação do direito no tempo histórico presente considerando, em especial, as suas dimensões da generalidade e da historicidade de tal objeto.

3.2.2 Pachukanis e a dimensão da generalidade da violação do direito

Na leitura do capítulo sétimo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, é inevitável que nos deparemos com um primeiro problema. Já nas primeiras páginas do texto, além de “violação”, Pachukanis faz uso de distintas expressões semanticamente próximas, como “desvio de norma”, “injustiças”, “insubordinação à norma”, “ruptura com a forma normal das relações”, “ofensa” e “delito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 165-167). De passagem, Pachukanis também faz a distinção entre “uma violação do direito penal ou do direito civil” (PACHUKANIS, 2017a, p. 165). Além disso, como já demonstramos, a palavra *violação* aparece, em momentos distintos, tendo por predicativo o *direito*, a *norma*, a *lei*, o *juramento*, o *interesse público*, a *existência pacífica e tranquila* e a *paz*.

Estas variações – que, em uma abordagem superficial, podem parecer um problema meramente terminológico – indicam, na realidade, que a construção do capítulo sétimo não é indiferente à diversidade de situações que, no plano histórico-material, condicionam a construção da categoria violação do direito. Pachukanis, porém, apenas instiga este questionamento, não deixando explícitas em sua análise quais seriam as possíveis conexões existentes na diversidade de situações nela referidas.

Ao revés, o desenvolvimento do texto acaba desembocando, a partir de determinado momento, em uma nítida centralidade na abordagem do direito penal, não se concretizando o que poderia ser um movimento em direção à generalidade do fenômeno da violação do direito. Neste sentido, é necessário dizer que, com efeito, há uma forte tendência entre os estudiosos da obra pachukaniana a compreender o capítulo “Direito e violação do direito” como uma seção voltada inteiramente à questão do delito (VIANNA, 2010; SOUZA, 2017). Ricardo Pazello, mais diretamente, afirma que “todo seu Capítulo VII” se dedica à “problemática do direito

penal”, tratando-se de um “texto seminal para a criminologia crítica” (PAZELLO, 2015, p. 139).⁸⁶

Apesar de esta interpretação ser em alguma medida correta, dada a centralidade da formação histórica do sistema penal na maior parte da análise de Pachukanis sobre a violação do direito, sustentaremos aqui que a leitura sistemática da exposição realizada pelo autor, no contexto da construção da obra, permite a extração de elementos não apenas para a compreensão crítica do fenômeno criminal, mas também para a compreensão do fenômeno da violação do direito em sua generalidade. Veremos, a partir daqui, em que medida é o próprio conteúdo da obra pachukaniana que nos permite esta possibilidade de interpretação.

O capítulo sétimo da obra inicia tratando das formas da relação entre dano e reparação em estágios primevos de desenvolvimento – objeto cuja análise já foi, em alguma medida, abordada na exposição sobre a questão da equivalência apresentada em nosso primeiro capítulo (cf. item 1.2.4). Remontando o processo histórico em torno desta questão, a exposição de Pachukanis culmina no momento em que a forma da troca equivalente, com o desenvolvimento capitalista, passa a caracterizar a condenação penal.

Neste caminho, ao mesmo tempo em que a exposição é dedicada a uma reconstrução histórica do “direito penal”, é interessante observar com atenção a seguinte passagem localizada ainda no início do capítulo – mais precisamente, logo em seu quinto parágrafo: “[a] lei e a pena por sua violação, em geral, estão intimamente associadas uma à outra e, dessa maneira, o direito penal como que assume o papel de representante do direito em geral, é a parte que substitui o todo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167). Já no final do capítulo, quase no desfecho do livro, encontramos outra aproximação semelhante:

O direito penal, assim como o direito em geral, é uma forma de relação entre sujeitos egoístas isolados portadores de interesse privado autônomo ou entre proprietários ideais. Os criminalistas burgueses mais cautelosos percebem muito bem essa ligação entre o direito penal e a forma jurídica em geral, ou

⁸⁶ De modo geral, podemos notar que Pachukanis realiza nesta etapa da obra um profícuo apanhado de considerações sobre o sistema penal capitalista. Tais apontamentos serviram de fundamento para obras importantíssimas no campo da criminologia, em especial *Cárcere e Fábrica* (MELOSSI e PAVARINI, 2010). Evidentemente sem desconsiderar a relevância da problemática criminológica, buscaremos examinar dentre estas questões aquelas que se relacionam especificamente com a aproximação da forma da violação do direito em geral. Para uma abordagem sobre a relevância da obra pachukaniana na formação da criminologia crítica, ver Melossi (2014).

seja, as condições fundamentais sem as quais é inconcebível uma sociedade de produtores de mercadorias. (PACHUKANIS, 2017a p. 183).

Destacando a afirmação de que “o direito penal como que assume o papel de representante do direito em geral”, é possível sustentar que Pachukanis identifica o direito penal como um ramo metonímico do fenômeno jurídico no que se refere à violação do direito, ou seja, uma parte que representa o todo. Coloca-se no mesmo sentido a identificação comum da “forma de relação entre sujeitos” ou “entre proprietários ideais” que conecta o “direito penal” ao “direito em geral”, realizada pelo autor no segundo dos trechos citados acima.

A partir desta leitura, podemos enfrentar de outro modo a questão sobre se o objeto do capítulo sétimo corresponde de fato unicamente à problemática do direito penal ou, alternativamente, à questão da violação em sua generalidade. A favor da segunda tese, podemos observar também que, externamente à análise de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, o interesse de Pachukanis pela violação para além da esfera penal foi ao menos indicada no título de sua tese de doutorado com a expressão “violações das leis de segurança do trabalho”. No mesmo sentido, haveria alguma incoerência em uma obra que, no todo, propõe-se centralmente a criticar a teoria geral do direito, inadvertidamente, culminar em um capítulo final dedicado à análise específica de um único ramo do direito, senão por metonímia.

Os elementos da obra, entretanto, não são suficientes para nos permitirem responder esta questão de modo conclusivo. A possibilidade de uma lógica metonímica é em grande medida vaga, vez que Pachukanis não retoma firmemente as alusões do “papel de representante do direito em geral” e da “parte que substitui o todo” no decorrer do texto, a não ser de passagem e já em direção ao desfecho da obra, na forma reproduzida acima. Com os elementos de que dispomos, o que podemos apontar é que esta pergunta merece ao menos ser levantada pelos leitores de Pachukanis, da área da criminologia ou não. Trata-se, de todo modo, de *uma* possibilidade de interpretação que buscaremos desenvolver a partir deste ponto.⁸⁷

⁸⁷ É necessário pontuar também que a análise aqui realizada se delimita a *Teoria Geral do Direito Marxismo*, de modo que as afirmações esboçadas não se referem à íntegra da obra pachukaniana, sobretudo considerando possíveis textos de que não se têm conhecimento ou ainda não traduzidos.

Em termos editoriais, vale observar um aspecto relevante relacionado ao argumento que trazemos aqui. Na edição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* lançada, no Brasil, pela Editora Sundermann em 2017, tradução do título do capítulo sétimo adotada foi “Direito e delito” (PACHUKANIS, 2017b, p. 199). Comparativamente com as outras edições de língua portuguesa, incluindo a da editora brasileira Boitempo lançada no mesmo ano, trata-se da primeira vez que o termo “delito” foi utilizado na tradução do título da seção. Tradicionalmente, a expressão empregada é, efetivamente, “violação do direito” (PACHUKANIS, 1977, 1988 e 1989) – ou, em outras línguas, “*violación del derecho*” (PACHUKANIS, 1976) e “*violation of law*” (PACHUKANIS, 1980b).

Cabe observar que, nos escritos originais, a expressão encontrada é “*Право и правонарушение*” – em transliteração, “*pravo i pravonaruchenie*” (PACHUKANIS, 1980a). Em tradução literal, podemos chegar a direito (*pravo*) e violação – ou mesmo perturbação – do direito (conjunção de *pravo* com *naruchenie*). A conjunção *pravonaruchenie* aparece na *Grande Enciclopédia Soviética* seguida da seguinte definição:

Violação do direito: ações culposas contra o direito, realizadas por uma pessoa imputável, que atingiu certa idade estabelecida pela lei. Violações de direito dividem-se em crimes e contravenções [проступки] (cíveis, administrativas, disciplinares). Depois da violação de direito, fixa-se de forma correspondente uma responsabilidade penal, civil, administrativa ou disciplinar. (PROKHOROV, 1975, p. 481, tradução de Pedro Pompeo Pistelli Ferreira para esta pesquisa).

No mesmo sentido, em consulta a dicionários russos, *pravonaruchenie* aparece semanticamente ligada a uma gama de ideias: *преступление* [*prestuplenie*] (crime), *нарушение* [*naruchenie*] (transgressão), *проступок* [*prostupok*] (falta, erro, contravenção), *злodeяние* [*zlodeyanie*] (delito, malfeito), *деликт* [*delikt*] (delito), *нарушение закона* [*naruchenie zakona*] (transgressão da lei). Destaca-se também que não se identifica *pravonaruchenie* como a palavra usualmente empregada em russo como correlata de crime ou delito. Esta seria *преступление* [*prestuplenie*], presente, por exemplo, no título original de

Crime e Castigo de Fiódor Dostoievsky e na tradução da edição russa do clássico *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria.⁸⁸

Evidentemente, não pretendemos definir qual foi a intenção de Pachukanis ao escrever o capítulo sétimo, tampouco definir o seu conteúdo de acordo com o seu título. Por outro lado, a tradução desta expressão não é uma questão menor para nossa pesquisa, já que se trata da referência a uma categoria central ao seu desenvolvimento. Trata-se de um objeto não desprezível para uma abordagem sobre a história das ideias que conectam os campos do direito e da economia. Neste contexto, de nossa parte, a expressão violação do direito parece mais adequada para a investigação da generalidade do fenômeno, abrangendo não apenas a problemática específica do delito, mas também, por exemplo, a falta, o erro, a contravenção, a transgressão da lei, expressões que se apresentam semanticamente próximas do vocábulo *pravonaruchenie* na literatura consultada.

Decorre desta discussão que, mais do que uma expressão terminológica, a violação do direito pode ser compreendida como uma categoria, ou seja, como uma mediação entre uma diversidade de situações fenomênicas situadas historicamente no capitalismo – tais quais a violação contratual, a violação da legislação penal e a violação da legislação trabalhista – e a sua reconstrução teórica no plano do pensamento. A interpretação de que a violação do direito, como categoria, caracteriza-se por abranger a generalidade entre estas situações diversas, e não apenas o direito penal, será o eixo condutor de nossa leitura de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* e, em especial, de seu capítulo sétimo. Podemos, a partir disso, passar ao momento da exposição em que apresentaremos mais diretamente os resultados que obtivemos a partir desta possibilidade de interpretação.

⁸⁸ O levantamento e a tradução destas expressões a partir a leitura das obras de Pachukanis e Prokhorov em russo foi gentilmente realizada por Pedro Pompeo Pistelli Ferreira, que fica, porém, prontamente eximido de qualquer inadequação eventualmente aqui realizada. Cabe ressaltar também que os limites em nosso debate sobre a tradução destas categorias são evidentes, sobretudo em se tratando do distanciamento histórico-contextual entre a realidade russa de 1924 e a realidade brasileira de 2018. O esforço que se realiza aqui, evidentemente, é apenas de aproximação.

3.2.3 Pachukanis e a dimensão da historicidade da violação do direito

De modo geral, o movimento de exposição do capítulo “Direito e violação do direito” pode ser dividido em quatro momentos.

Vejamos. No início, Pachukanis descreve brevemente três casos de “legislação arcaica”, ou seja, de regulação pré-capitalista, trazendo logo de início impactantes apontamentos sobre a violação do direito ligados à sua análise (PACHUKANIS, 2017a, p. 166). Em segundo lugar, trata da “origem do direito penal”, abrangendo uma ampla análise que parte de uma referência a formas antigas de vingança até culminar na “forma da troca de equivalentes” e no “sistema de direito penal” associado à “sociedade burguesa” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167-171). Em terceiro lugar, Pachukanis entra mais especificamente na questão da “jurisdição criminal do Estado burguês”, problematizando, entre outras questões, desde as tendências do “sistema de política penal” até a caracterização da forma do “tribunal penal”, do “processo penal” como “forma jurídica” e da distinção dos conceitos de “dolo” e “culpa” (PACHUKANIS, 2017a, p. 172 e p. 174-175). Por último, o autor aborda alguns aspectos do direito penal no contexto de transição política – colocando a discussão no contexto de “uma enorme tarefa organizacional” instaurada pela revolução soviética – e se posiciona, sobretudo, pela extinção ou superação das formas do processo judicial e da sentença judicial com a “realização do socialismo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 180-181).

No desfecho do capítulo e do livro, articulando alguns destes aspectos, Pachukanis encerra a exposição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* do seguinte modo:

Os conceitos de delito e pena, como ficou claro a partir do que foi exposto anteriormente, são definições necessárias da forma jurídica, das quais poderemos nos livrar somente quando dermos início à eliminação da superestrutura jurídica em geral. E, quando começarmos de fato, não apenas nas declarações, a eliminar esses conceitos e conseguirmos nos virar sem eles, esse será o sintoma de que, diante de nós, alargam-se os estreitos horizontes do direito burguês. (PACHUKANIS, 2017a, p. 183).

Observando este quadro, fica a impressão de que o principal propósito de Pachukanis na redação do capítulo sétimo foi combinar a análise da especificidade histórica do sistema de

política penal burguês com as tarefas organizacionais práticas colocadas no contexto da transição revolucionária soviética.⁸⁹ Pachukanis, com efeito, integrou o chamado “Projeto Krylenko” para reforma da legislação penal e processual penal, cuja conclusão é datada de 1930. Em sua introdução, o projeto trazia apontamentos semelhantes aos tecidos em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, como a crítica ao princípio retributivo baseado no “‘preço corrente’ dos crimes e das medidas de repressão” e a “previsão da extinção do direito penal e do direito em geral” (cf. NAVES, 2008, p. 104-106).

Para os nossos objetivos, entretanto, o que mais interessa é o caminho percorrido por Pachukanis para chegar a esta etapa da obra, em especial as conexões realizadas pelo autor entre o “direito penal” e o “direito em geral” como “forma[s] de relação entre sujeitos egoístas isolados portadores de interesse privado autônomo ou entre proprietários ideais” (PACHUKANIS, 2017a, p. 183). É sob esta chave que poderemos desenvolver seus apontamentos em direção à construção da violação do direito como categoria generalizante da diversidade do real, momento ao qual pretendemos nos aproximar.

A passagem mais emblemática do capítulo sétimo, neste sentido, talvez seja aquela em que Pachukanis afirma: “[a] relação jurídica adquire historicamente seu caráter específico antes de tudo em fatos de violação do direito” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166).⁹⁰ Para uma perspectiva desde a crítica da economia política, o “caráter específico” da relação jurídica, como vimos, está na relação de dupla equivalência entre sujeitos de direito. O que Pachukanis parece sinalizar aqui é que a forma da equivalência atinge o seu estágio de desenvolvimento mais diferenciado com a evidência histórica da violabilidade do “ato de vontade comum” entre proprietários privados e isolados, ou seja, da “relação jurídica” em essência (MARX, 2017a, p. 159). O soviético nos coloca, nestes termos, diante de uma típica operação de estranhamento.

A possibilidade de um sujeito de direito celebrar um contrato e, depois, violá-lo – premissa representada por Birmingham e Posner com o conceito de *violação eficiente do direito* – corresponde a uma forma capitalista desenvolvida sob os pressupostos do processo de

⁸⁹ Para aprofundamentos sobre a relação entre o fenômeno jurídico e a questão da transição, entre outros, ver Naves (2008, p. 87-124) e Pazello (2014, p. 293-304).

⁹⁰ Em outras traduções, “[o] intercâmbio jurídico adquire sua caracterização específica historicamente, sobretudo nos fatos das transgressões da lei” (PACHUKANIS, 2017b, p. 200); “[a] relação jurídica adquire historicamente o seu caráter específico sobretudo em relação com a violação do direito (PACHUKANIS, 1988, p. 118); “[h]istorically, the legal relationship assumes its specific character pre-eminently in the facts of violations of law” (PACHUKANIS, 1980b, p. 110).

valorização. Para explicar esta forma sob o critério da historicidade, novamente é necessário observar as formas históricas antecedentes, menos diferenciadas, a partir da forma mais recente e específica. Pachukanis, inclusive, expõe diretamente a retomada deste princípio de método no momento introdutório do sétimo capítulo: “também aqui as etapas posteriores do desenvolvimento, como sempre se observa na história da humanidade, explicam os indícios que se observam nas formas antecessoras” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167).

O caminho seguido pelo autor, a partir desta premissa, é o exame de situações históricas análogas à violação do direito em sua forma subjetiva. De início, Pachukanis faz menção a três exemplos de códigos repressivos pré-capitalistas: (i) o *Rússkaia Pravda*, uma espécie de regulamentação – o autor utiliza a expressão “o mais antigo monumento jurídico do período kieveano” – com regras de conduta existente na Rússia entre os séculos IX e XIII, (ii) a Lei Sálca, código franco do século V atribuído a Clóvis I, e (iii) a Lei das XII Tábuas, código identificado ao antigo “direito romano”. Examinando a *Rússkaia Pravda*, Pachukanis observa que o código é composto de 43 artigos, dos quais 41 “ou determinam sanções ou contêm regras processuais que se aplicam nos casos de violação do direito”. Prossegue o autor afirmando que, “tanto em um quanto em outro, pressupõe-se um desvio da norma” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167).

O uso da expressão “violação do direito” neste caso desperta, desde já, uma atenção maior à historicidade da categoria. Em sua exposição neste capítulo, é verdade que Pachukanis acaba em aparentemente deslizando em tendências universalizantes, ou seja, em certa medida não marxistas do fenômeno investigado. Isso, por exemplo, ao tratar de “casos de violação do direito” e da existência de um “monumento jurídico” na formação russa pré-capitalista, como visto acima, e, mais adiante, ao referir-se à “luta pela existência” como “um fato puramente biológico”.

Tanto em um caso quanto em outro, é necessário ler a obra sem descuidar da conclusão apontada pelo próprio autor no desenvolvimento de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, a saber, de que o momento jurídico apenas pode ser encontrado em formações pré-capitalistas em estágio embrionário e, mais do que isso, como resultado de um olhar a partir do grau de diferenciação que a forma jurídica adquire apenas na sociedade capitalista industrial. A dimensão puramente biológica, por sua vez, apenas pode ser compreendida como exercício especulativo didático, eis

que beira a universalização da experiência humana e, com isso, em alguma medida acaba contradizendo os pressupostos do materialismo-histórico.⁹¹

A expressão utilizada por Pachukanis que melhor se aproxima das situações análogas à violação do direito, sem universalizar tal categoria, está no seguinte trecho: “[a] insubordinação à norma, a violação desta, a ruptura com a forma normal das relações e os conflitos daí decorrentes constituem o ponto de partida e o principal conteúdo da legislação arcaica” (PACHUKANIS, 2017a, p. 166). Evidentemente, o autor não se refere aqui ainda à violação da *norma jurídica*, eis que esta apenas “recebe sua *differentia specifica*, que a distingue da massa geral das regras morais, estéticas, utilitárias etc., justamente por pressupor uma pessoa dotada de direitos e que os reivindica ativamente” (PACHUKANIS, 2017a, p. 110).

É o próprio autor que traz uma importante ressalva em relação ao exame da “legislação arcaica”:

Difícilmente mereceria especial atenção o fato de que neste estágio primitivo de desenvolvimento as assim chamadas injustiças⁹² civil e penal ainda não se diferenciavam uma da outra. Predominava o conceito de dano que exige uma reparação; o roubo, a pilhagem, a recusa em saldar uma dívida eram vistos nas mesmas bases para a vítima iniciar uma ação e receber uma reparação na forma de multa em dinheiro. (PACHUKANIS, 2017a, p. 165, nota 1).

É provavelmente no mesmo sentido que, em um momento anterior da obra, Pachukanis caracteriza o “*jus civile* da Roma antiga” como “uma forma jurídica embrionária, que ainda não desenvolveu as determinações opostas e complementares do público e do privado” (PACHUKANIS, 2017a, p. 140-141). A predominância do “conceito de dano que exige uma reparação” é anterior ao pleno desenvolvimento da forma jurídica, que apenas atingirá sua especificidade com a plena formação da subjetividade jurídica no capitalismo. Trata-se,

⁹¹ Em paralelo, a especificidade histórica da categoria violação do direito talvez possa ser compreendida de modo semelhante à categoria trabalho abstrato em Marx ou, mais precisamente, ao movimento cognitivo do geral ao específico que a caracteriza. O trabalho concreto, como dispêndio de energia humana, é observado em outras formações históricas, sendo o trabalho abstrato uma forma histórica especificamente capitalista. A violação do direito, por sua vez, também encontra outras formas históricas a ela análogas, no limite identificadas por Pachukanis como fatos puramente biológicos de luta pela existência. Em nossa proposta de interpretação da obra pachukaniana, a oposição entre a noção de trabalho concreto (geral) e a categoria trabalho abstrato (específico) corresponderia à oposição entre a noção de “fato puramente biológico” (geral) e a categoria “violação do direito” (específico).

⁹² Em outras edições, “transgressão” (PACHUKANIS, 2017b, p. 199) e “delito” (PACHUKANIS, 1988, p. 117; 1989, p. 143)

entretanto, de uma forma embrionária fundamental para a compreensão do desenvolvimento histórico da violação do direito.

O que observamos na exposição de Pachukanis é que, no exame de códigos pré-capitalistas, a investigação da violação do direito está de algum modo conectada ao momento do “desvio da norma”. Se na investigação da especificidade do direito a visão normativista foi visceralmente afastada por Pachukanis, aqui, no exame do fenômeno da violação do direito, a norma reaparece de outro modo e com outro peso. Evidentemente, não se trata do ponto de partida de sua análise, mas de um momento inevitável no enfrentamento da complexidade do direito penal e de sua conexão genética com o direito em geral.

Mantendo e reafirmando uma postura adeontológica sobre o fenômeno jurídico, Pachukanis apreende a violação do direito, a partir de sua historicidade, como um objeto que guarda um desenvolvimento interno próprio em relação ao do próprio direito. Não se trata, assim, de um momento diretamente decorrente do fenômeno jurídico, mas de objetos teóricos distintos que, sob a “única e mesma realidade total e concreta”⁹³, devem ser compreendidos em suas implicações mútuas.

Neste sentido, a realidade ainda mais remota de que Pachukanis se aproxima está no “costume de vingança de sangue”, em relação à qual “[a] origem do direito penal está ligada historicamente”. Neste caso, a partir da leitura da obra *Os Costumes Modernos e a Lei Antiga*, do historiador Maksim Kovaliévsky, o autor aponta que, na formação histórica russa, como “característica mais antiga” deste costume, “[a] ofensa, ainda que resolvida por vingança, servia de base para uma nova vingança” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167).

Conforme apontamos anteriormente, a passagem deste costume para a relação entre dano e reparação constitui um momento intrinsecamente ligado ao desenvolvimento histórico da forma da equivalência jurídica (cf. item 1.2.4). Aqui, podemos destacar um outro elemento desta análise. A ofensa seguida de vinganças sucessivas entre famílias, assim identificada por Pachukanis, é indicativa de uma indiferenciação entre as esferas pública e privada, questão relevante à compreensão da violação do direito.

Com a formação embrionária da organização política de caráter público, da qual a lei de talião seria um exemplo, “começa a se fortalecer o sistema de arranjos ou o resgate mediante

⁹³ Passagem já comentada (cf. item 1.3; PACHUKANIS, 2017a, p. 81).

pagamento”. A “pena pública” aparece historicamente “por preocupações fiscais”, ou seja, como forma de manutenção material dos “representantes do poder”. Seriam exemplos históricos o “império de Carlos Magno”, os “*kniazes* da Rússia antiga” e as “tribos germânicas”. Paralelamente, Pachukanis sinaliza que “muito cedo surgiu a pena como meio de manutenção da disciplina e como medida de salvaguarda da autoridade do sacerdote e do poder militar”. Neste sentido, o autor relaciona “a influência da organização sacerdotal” na Roma antiga a uma espécie de caráter abstrato da pena em relação à vítima pela forma do “castigo divino” (PACHUKANIS, p. 167 e p. 169-170).

A partir desta formação embrionária, existem pelo menos quatro fatores históricos transitivos – prossegue o autor – pelos quais “se constrói paulatinamente o amálgama complexo do direito penal contemporâneo”. São eles: (i) “a desintegração da economia natural”, (ii) “o aumento da exploração dos camponeses”, (iii) o desenvolvimento do comércio” e (iv) “a organização do Estado de castas”. Ao mesmo tempo, em grande medida, nota-se que as dimensões punitivas assumidas pela organização estatal formaram um complexo de forças pelo qual “a sociedade burguesa [...] assegura seu domínio de classe e mantém a obediência da classe explorada” (PACHUKANIS, 2017a, p. 171). Impulsionou-se, com isso, o desenvolvimento de uma forma específica de regulação na formação capitalista russa.⁹⁴ A violação do direito começa a aparecer em sua forma mais diferenciada.

Já não estamos mais diante da “ruptura com a forma normal das relações e os conflitos daí decorrentes” como “ponto de partida e principal conteúdo”, como no caso do exame da “legislação arcaica”. Na regulação capitalista, a relação entre dano e reparação encontra a forma jurídica. Neste sentido, vale reproduzirmos uma citação longa que, pela sua relevância neste sentido, merece maior atenção:

Se, devido a seu *conteúdo* e seu *caráter*, a prática penal do poder é um instrumento de defesa da dominação de classe, então, por sua forma, surge como elemento da superestrutura jurídica, integrando a ordem jurídica como um de seus ramos. Demonstramos aqui que a luta nua pela existência adquire forma

⁹⁴ Apesar de Pachukanis referir-se mais diretamente à formação histórica russa, entendemos que, para os fins aqui propostos de aproximação, é possível assumir que as principais análises realizadas pelo autor se aplicam à formação capitalista em geral. Essa assunção não exclui, evidentemente, a necessidade de se investigar, no nosso caso, as especificidades (geopolíticas, mas não apenas) da formação histórica brasileira e em que medida estas poderiam condicionar uma caracterização própria do fenômeno da violação do direito.

jurídica com a introdução do princípio de equivalência. O ato de legítima defesa, dessa maneira, deixa de ser apenas um ato de autodefesa para se tornar uma forma de troca, um modo particular de circulação que ocupa seu lugar ao lado da circulação “normal”. Delito e pena são o que são, ou seja, adquirem sua natureza jurídica no solo das operações de transação. Enquanto essa forma se conserva, a luta de classes se realiza como jurisdição. Inversamente, o próprio termo “direito penal” perderia qualquer sentido, uma vez que dele evaporasse o princípio da relação de equivalência. Dessa maneira, o direito penal se torna parte integrante da superestrutura jurídica, uma vez que encarna uma variedade dessa forma fundamental, à qual a sociedade moderna está subordinada: a forma da troca de equivalentes com todas as suas consequências e implicações. A realização dessas relações de troca no direito penal é um dos lados da realização do Estado de direito como forma ideal de relação entre os produtores de mercadoria independentes e iguais que se defrontam no mercado. (PACHUKANIS, 2017a, p. 173-174, *itálicos no original*).

Entre o momento mais imediato da vingança e o momento capitalista da violação do direito, Pachukanis caracteriza a *forma da troca de equivalente* como a base do processo pelo qual “a luta nua pela existência adquire forma jurídica”. Enquanto o desenvolvimento capitalista ainda não havia consolidado o aparecimento da forma jurídica como forma social específica – como demonstramos no capítulo primeiro –, também não era possível distinguir a forma específica da violação do direito entre os momentos jurídico, moral e religioso.

Do trecho citado também se pode extrair que a “forma da troca de equivalentes” não apenas subordina a sociedade moderna, mas também é uma “forma fundamental” da qual se encarna uma gama variedades, entre as quais o direito penal figura como espécie. O conteúdo repressivo apenas adquire caráter jurídico em função desta forma à qual se subordina. A “relação de equivalência”, assim, é a condição comum para que, historicamente, a violação do direito apareça como forma social específica e imbricada com a forma jurídica.

É assim que a análise de Pachukanis voltada à origem do direito penal culmina na conclusão de que, com o capitalismo, este finalmente “se torna parte integrante da superestrutura jurídica” – ou, melhor dizendo, da realidade articulada entre forma jurídica e organização política. A partir desta caracterização, o capítulo sétimo passa ao seu terceiro momento, tratando então mais especificamente do exame do sistema penal da sociedade burguesa. É aqui que se encontram os principais elementos a partir dos quais, entre o direito penal e o direito em geral, poderemos avançar em direção à categoria violação do direito no aspecto de sua generalidade.

Reservaremos a análise destes elementos para a sequência da exposição, momento no qual buscaremos verticalizar as dimensões da generalidade e da historicidade da categoria violação do

direito no estudo dos fundamentos de seu movimento real na dinâmica da totalidade capitalista. Antes disto, encerraremos esta etapa de nossa exposição com o próximo item, em que apresentaremos ainda uma leitura de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, mas agora mais voltada especificamente à questão do litígio em suas implicações para nossa investigação.

3.2.4 Pachukanis, violação do direito e litígio

A violação do direito, como fenômeno objetivo, é tema que tangencia uma questão profundamente delicada na teoria marxista: a problemática do fenômeno estatal. Ao tratar da relação entre sistema penal, violação do direito e litígio no capítulo sétimo, a crítica pachukaniana inevitavelmente se depara com esta questão. Queremos afirmar, entretanto, que o Estado não constitui o objeto central nem da obra pachukaniana, tampouco de nossa investigação, o que provavelmente demandaria um método de aproximação distinto em relação ao da proposta que buscamos empreender. Deste modo, neste item pretendemos observar algumas das relações entre o fenômeno jurídico e a organização estatal com a atenção voltada especificamente às implicações destas relações na compreensão do fenômeno da violação do direito.

De todo modo, é importante começar dizendo que não há, em Marx, algo próximo a uma sistematização teórica de sua compreensão sobre o Estado, ainda que se trate de questão extensamente referida em suas obras. Entre os casos mais conhecidos, estão a caracterização do “executivo no Estado moderno” como “um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa” no *Manifesto Comunista* (MARX e ENGELS, 2005, p. 42) e a exemplar análise da situação concreta da conjuntura política francesa exposta no *18 Brumário de Luís Bonaparte* (MARX, 2011b).

É conhecida, por outro lado, a diversificada e inexaurível profusão de abordagens marxistas desenvolvidas desde sua obra sobre o tema, podendo ser mencionados como exemplos, entre tantas outras, os casos de Lênin, Rosa Luxemburgo, Gramsci, Althusser e Poulantzas. Não será possível, evidentemente, abordar este amplo itinerário, tampouco as inúmeras nuances que, entrelaçadas, compõem a complexa realidade do mosaico estatal. Nosso objetivo aqui será muito mais singelo.

Delimitaremos nossa análise centralmente ao estudo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, sem deixar de apontar algumas limitações presentes na própria exposição de

Pachukanis sobre a questão da relação entre direito e Estado no desenvolvimento da obra. Tais apontamentos serão importantes para que, retomados mais adiante, possamos avançar em direção à compreensão das implicações da percepção pachukaniana da violação do direito em sua obra máxima.

Até aqui, fizemos referência à organização estatal secundariamente em alguns momentos de nossa exposição, sem maiores aprofundamentos sobre esta problemática de fundo. Em primeiro lugar, pudemos observar que, na apreensão da especificidade do fenômeno jurídico a partir da crítica da economia política, ao contrário das perspectivas normativistas que Pachukanis rejeita e critica, o Estado não constitui o momento fundamental da apreensão do movimento real do direito. A forma do momento jurídico está na relação intersubjetiva entre proprietários iguais, caracterização que – ao menos em essência – prescinde da presença da figura estatal.

É certo, porém, que a questão do Estado “não fora negligenciada” por Pachukanis em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, como bem aponta Gustavo Sefferian Machado. Basta observar que ao tema se dedica o quinto capítulo do livro, intitulado precisamente “Direito e Estado” (MACHADO, 2017, p. 558). Além disso, na construção de seus argumentos, a obra como um todo passa por diversas vezes pelo diálogo crítico com a teoria geral do direito burguesa e, em especial, com o positivismo jurídico, momentos em que o antinormativismo de Pachukanis transita por considerações sobre o Estado. Podemos notar com isso que referências a tal problemática aparecem não apenas nos capítulos quinto e sétimo, mas em verdade ao longo de todas as seções da obra.⁹⁵

Se a questão da relação entre a organização estatal e o direito é reiteradamente visitada pelo autor, por outro lado não é possível identificar nestes momentos – até porque esparsos na organização da obra – o mesmo rigor impresso por Pachukanis à exposição realizada em torno das categorias sujeito de direito, relação jurídica e forma jurídica. O objeto de crítica do autor, afinal, era a teoria geral do direito, e não do Estado. Neste sentido, não podemos deixar de concordar que – para quem busca esta gama de explicações em *Teoria Geral do Direito e*

⁹⁵ Em nossa leitura, pudemos registrar que Pachukanis faz referências diretas ao fenômeno estatal rigorosamente em todos os sete capítulos de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, bem como na introdução e no prefácio à segunda edição da obra.

Marxismo, e ainda se depara com um capítulo intitulado “Direito e Estado” – a leitura do texto apenas pode deixar “um gostinho de quero mais” (MACHADO, 2017, p. 558).

Neste aspecto, apesar de não constituir nosso objeto de estudo, é importante indicarmos a existência no contexto brasileiro recente de um conjunto de autores que vêm abordando mais diretamente a questão do Estado com base em interpretações da obra pachukaniana (cf. MASCARO, 2013, CALDAS, 2015; GRILLO, 2017). Tal vertente, sobre a qual não entraremos em maiores debates dadas as limitações de nossa pesquisa, tem por referência o assim chamado “debate da derivação do Estado” (ELBE, 2018), capitaneado na década de 1970 pelo alemão Joachim Hirsch com a obra *Teoria Materialista do Estado* (HIRSCH, 2010).⁹⁶

Para além de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Pachukanis também trata da questão do Estado – sob distintas perspectivas – em uma série de textos com caráter de ensaio. Dentre estes, valem menção os artigos *Lênin e os Problemas do Direito*, de 1924, e *A Teoria Marxista do Direito e a Construção do Socialismo*, de 1927,⁹⁷ bem como outros textos recentemente traduzidos para o português.⁹⁸

De modo geral, são dois os principais eixos condutores da aproximação de Pachukanis ao fenômeno estatal neste conjunto de textos: ora o exame de representações burguesas, ora a problematização de caráter prático sobre os sentidos da estrutura estatal e do burocratismo no período de transição revolucionária. Em relação às formulações do primeiro tipo, as publicações têm um nítido caráter de compilação de estudos – cujos resultados, provavelmente, culminaram na exposição encontrada em *Teoria Geral do Direito e*

⁹⁶ Em entrevista, Hirsch aponta que Pachukanis “teve de fato um grandioso significado para o debate da derivação do Estado”. Segundo o alemão, “[e]le formulou o problema central da teoria materialista do Estado, [pesquisando] por que no capitalismo a classe economicamente dominante não exerce diretamente o poder político, e a coerção física de classe é apartada da sociedade por meio da institucionalização” (HIRSCH, 2018, p. 17).

⁹⁷ Ver Pachukanis (respectivamente, 2018 e 2009)

⁹⁸ São, mais especificamente, seis textos trazidos em *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo e Ensaios Escolhidos (1921-1929)* – Editora Sundermman: (i) *Para um exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado*, de 1923, que consiste em um estudo do pensamento de Hans Kelsen; (ii) *Um exame das principais correntes da literatura francesa sobre direito público*, de 1925, voltado a obras de Léon Duguit, Henry Berthelemy e Maurice Hauriou; (iii e iv) *A natureza do Estado segundo um jurista burguês*, de 1921, e *Préface à edição russa [dos Princípios do direito público de M. Hauriou]*, de 1929, ambos voltados ao exame crítico do pensamento de Hauriou; (v) *Os dez anos de O Estado e a revolução de Lenin*, de 1927, sobretudo da questão do Estado em referida obra; e (vi) *O aparato de Estado soviético na luta contra o burocratismo*, relatório apresentado ao Instituto de Edificação Soviética em 1929 (cf. PACHUKANIS, 2017c, 2017d, 2017e, 2017f, 2017g e 2017h). A propósito, ver também Melkevik (2016).

Marxismo. Em relação à problemática da transição, apesar de instigante e fundamental para o próprio desenvolvimento da crítica marxista ao direito, trata-se de tema que escapa à delimitação de nossa pesquisa.⁹⁹

Resulta deste panorama que, para os propósitos de nossa investigação *sobre a violação do direito*, a questão da relação entre Estado e direito é colocada por Pachukanis de modo mais ordenado, de fato, em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* – ainda que, novamente, sob a ressalva da ausência de um caráter exauriente ou sistemático. O exame da problemática a partir da análise mais detida dos demais textos do soviético certamente seria proveitosa como continuidade destas primeiras aproximações que apresentaremos na sequência, ficando aqui apenas apontada para outros momentos.

Começaremos retomando e aprofundando alguns pontos de que, em alguma medida, já tratamos no primeiro capítulo. Pois bem, a grande lacuna que justifica a escrita de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, conforme Pachukanis busca expor no prefácio à segunda edição da obra, é o estudo do direito como fenômeno objetivo. Para o soviético, os marxistas de sua época estavam impedidos de avançar nesta direção por assumirem que “o traço característico central, essencial e único dos fenômenos jurídicos é o momento da regulação social (estatal) coercitiva” (PACHUKANIS, 2017a, p. 61).

Partindo na direção contrária, Pachukanis aposta na tese de que o princípio da subjetividade jurídica é historicamente um “princípio atuante” e vitorioso, o qual foi “incorporado à sociedade burguesa no momento em que esta nasce do sistema feudal-patriarcal e o destrói”. É este o “processo real em que as relações humanas tornam-se jurídicas”. Há uma série de transformações de ordem objetiva fundamentais ao desenvolvimento do capitalismo conectadas a este movimento, entre as quais o autor cita:

o surgimento e a consolidação da propriedade privada, sua universalização nas relações tanto dos sujeitos quanto de todos os objetos possíveis, a libertação da terra das relações de domínio e servidão, a conversão de qualquer propriedade em propriedade mobiliária, o desenvolvimento e a supremacia das relações obrigacionais e, finalmente, dos poderes políticos distintos como forças especiais, ao lado do que aparece o dinheiro como poder puramente econômico e resulta mais ou menos nitidamente a

⁹⁹ Para uma análise da questão do Estado, do “burocratismo” e dos “requisitos de sua superação” na obra de Pachukanis, ver Makeev (2016).

separação das esferas das relações públicas e privadas, o direito público e o privado (PACHUKANIS, 2017a, p. 62).

Temos aqui duas ordens de implicações apontadas por Pachukanis. Em primeiro lugar, apresenta-se como uma espécie de ponto de partida da investigação materialista do direito a percepção de que a juridificação das relações sociais depende da existência prévia da relação entre sujeitos de direito, ou seja, da vitória histórica da subjetividade jurídica como “princípio atuante incorporado à sociedade burguesa”.

Em segundo lugar, Pachukanis aponta que o momento da regulação estatal coercitiva, aparecendo como “superestrutura jurídica concreta”, é também condicionado pelas relações intersubjetivas. Para o soviético, o que impedia os marxistas a ele contemporâneos de avançar sobre a investigação do direito era precisamente considerar que este era o momento essencial do direito, quando na verdade a juridificação das relações sociais lhe precede: “[n]a medida em que as relações entre as pessoas se constroem como relações de sujeitos, temos todas as condições para o desenvolvimento da superestrutura jurídica com suas leis formais, seus tribunais, seus processos, seus advogados, e assim por diante” (PACHUKANIS, 2017a, p. 62).

Pachukanis aproxima-se, a partir disso, de algumas conexões entre o desenvolvimento da forma jurídica e o fenômeno estatal, chegando a mirar tal tarefa como uma espécie de continuidade do projeto da crítica marxista ao direito: “[a] organização social detentora dos meios de coerção é a totalidade concreta em direção à qual devemos caminhar após compreendida previamente a relação jurídica em sua forma mais pura e simples” (PACHUKANIS, 2017a, p. 109).

A lei, como “imposição do poder político”, é apontada como um conceito “pertinente a um estágio de desenvolvimento em que a divisão entre sociedade civil e sociedade política já teve lugar e está consolidada e em que, portanto, os momentos fundamentais da forma jurídica já se realizaram” (PACHUKANIS, 2017a, p. 63-64). Não à toa, a palavra lei é

colocada entre aspas quando o autor faz referência a “leis” anteriores ao desenvolvimento da forma legal capitalista.¹⁰⁰

Ainda no prefácio à segunda edição, respondendo a uma das críticas apresentadas por Stutchka à sua perspectiva, Pachukanis enfatiza que a forma jurídica é “uma mediação real das relações de produção”, apontando o seguinte: “[e]u não apenas aponte que a gênese da forma jurídica deve ser procurada nas relações de troca, mas também destaquei o momento que, segundo meu ponto de vista, representa a mais completa realização da forma jurídica, a saber, o tribunal e o processo judicial” (PACHUKANIS, 2017a, p. 64).

Este trecho, evidentemente, merece uma leitura cautelosa. Para não cairmos em uma interpretação que sobreponha ao momento jurídico o fenômeno estatal, negando o antinormativismo que caracteriza a formulação pachukaniana, é necessário observar que a “mais completa realização da forma jurídica” a que o soviético se refere não é a realização de sua essência, mas de suas implicações no complexo de relações que caracterizam o modo capitalista de produção.

Nesta resposta a Stutchka, Pachukanis traz uma outra forma de expressar esta perspectiva. Diz o autor que “[a] mediação jurídica acontece no momento da transação”. Parece-nos que, com a expressão “mediação jurídica”, Pachukanis se refere ao momento de materialização da forma jurídica, prosseguindo o autor:

O movimento mais ou menos livre da produção e da reprodução social, que na sociedade de produção mercantil acontece formalmente por meio de uma série de transações privadas, é *objetivo prático profundo* da mediação jurídica. E é impossível atingi-lo apenas com a ajuda de algumas formas de consciência, ou seja, de momentos puramente subjetivos: são necessários critérios precisos, leis e a interpretação destas, uma casuística, tribunais e o cumprimento coercitivo das decisões. (PACHUKANIS, 2017a, p. 64-65, *itálicos no original*).

Pachukanis não está, com isso, afirmando que o Estado é imprescindível à realização da forma jurídica, como parece sugerir uma interpretação recente de seu pensamento aplicada

¹⁰⁰ “Se nos primeiros estágios do desenvolvimento a troca de equivalentes na forma de retaliação e reparação do dano causado engendrou a forma jurídica mais primitiva que encontramos nas assim chamadas ‘leis’ bárbaras [...]” (PACHUKANIS, 2017a, p. 62).

ao estudo do direito processual.¹⁰¹ Não existe na formulação pachukaniana, como já ressaltamos, a necessidade da figura estatal para a caracterização completa da essência específica do direito. O que o soviético aborda neste prefácio, embora de forma pouco aprofundada, é uma possível identidade entre o aparato estatal objetivamente existente e a forma jurídica no mesmo “*objetivo prático profundo*”: a mobilidade das mercadorias realizadas na forma das transações privadas – questão, como vimos, abordada também pelos teóricos da violação eficiente do direito.

Já em relação à questão do litígio, em primeiro lugar, este é um tema do qual o autor se aproxima em passagens espalhadas pela ordem de exposição de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, sobretudo no capítulo terceiro (“Relação e norma”). Uma destas, bastante emblemática, é a seguinte:

O problema se torna ainda mais claro se o considerarmos em sua dimensão dinâmica e histórica. Nesse caso, vemos como a relação econômica em seu movimento real se torna fonte natural da relação jurídica, que surge pela primeira vez na forma do litígio. É justamente o litígio, o conflito de interesses, que traz à vida a forma do direito e a superestrutura jurídica. No litígio, *i.e.*, no processo, os sujeitos econômicos aparecem já como partes, *i.e.*, como participantes da superestrutura jurídica. O tribunal, ainda que em sua forma mais primitiva, representa a superestrutura jurídica por excelência. (PACHUKANIS, 2017a, p. 104).

Empregando a expressão latina *id est*, comumente traduzida por *isto é*, Pachukanis se refere, com a palavra litígio, a duas realidades distintas: primeiro, ao “conflito de interesse”; depois, ao “processo”. O soviético parece aproximar-se da concepção de litígio como um momento processual intersubjetivo – entre dois sujeitos de direito – mediado por um rito e por uma força impessoal – “[o] tribunal, ainda que em sua forma mais primitiva”.¹⁰²

¹⁰¹ Em tese de doutoramento publicada editorialmente com o título *Direito Processual e Capitalismo*, Marcelo Gomes Franco Grillo sustenta, a partir da leitura da obra de Pachukanis, a interpretação de que “[o] direito sem o Estado não é, nos conformes da modernidade, integralmente direito”. Conclui o autor apontando a “imprescindibilidade da forma jurídico-processual para a própria sobrevivência da forma jurídica quando da consumação da subjetividade jurídica, no processo de derivação da forma mercadoria.” (cf. GRILLO, 2017, p. 81 e 176).

¹⁰² Em sua pesquisa sobre a forma processual, Marcelo Gomes Franco Grillo, considera que o litígio assumiu uma “universalidade” no “modo de produção capitalista”. O “litígio processual”, em seu argumento, corresponde assim à “forma moderna de resolução dos conflitos qualificados por uma pretensão resistida”. (GRILLO, 2017, p. 100-101).

Apesar de tamanho destaque dado ao litígio e ao tribunal neste e em outros trechos já citados, é importante não confundirmos aqui direito e decisão judicial, o que corresponderia à expressão decisionista do normativismo jurídico afastado por Pachukanis em sua obra. Na sequência, o autor afirma: “[o] poder estatal confere clareza e estabilidade à estrutura jurídica, mas não cria seus pressupostos, os quais estão arraigados nas relações materiais, ou seja, de produção” (PACHUKANIS, 2017a, p. 104).

É a “relação econômica” a base de desenvolvimento da relação jurídica. O litígio, por sua vez, é apontado por Pachukanis como o momento em que, mais nitidamente, a relação de conflito de interesses aparece como relação entre sujeitos cujas pretensões se destacam e se tornam intercambiáveis. Conforme sustenta o autor no prefácio à segunda edição, “[a] mediação jurídica acontece no momento da transação”, tendo por “objetivo prático” o “movimento mais ou menos livre da produção e da reprodução social, que na sociedade de produção mercantil acontece formalmente por meio de uma série de transações privadas”. Para atingir este objetivo, prossegue, “são necessários critérios precisos, leis e a interpretação destas, uma casuística, tribunais e o cumprimento coercitivo das decisões”. Mais adiante, de modo mais preciso, “[a]parecendo a título de fiador dessas relações [das relações ligadas a atos de troca], o poder se torna um poder social, um poder público, que persegue o interesse impessoal da ordem” (PACHUKANIS, 2017a, p. 64 e p. 141).

Por outro lado, a partir da historicidade das relações sociais de produção, devemos considerar que o litígio e o tribunal são realidades importantes para a compreensão do aparecimento da forma jurídica, mas são realidades que não se confundem com sua especificidade. Vejamos o que diz Pachukanis em outro momento: “Não se pode dizer que a relação entre o credor e o devedor seja criada pela ordem coercitiva de dado Estado como punição pela dívida. Tal ordem, que existe objetivamente, garante, mas de modo nenhum engendra, essa relação.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 100).

Sem esgotar o debate, deixando apenas reunidas aqui algumas das principais considerações encontradas na obra pachukaniana sobre o fenômeno estatal, queremos avançar em nossa investigação sobre a categoria violação do direito a partir da compreensão de que, sem se confundir com a especificidade do direito, o litígio apresenta-se como um momento de grande peso para o desenvolvimento da crítica marxista ao direito.

Pachukanis, neste sentido, deixou o exemplo de que, investigando o litígio penal em sua historicidade, podem ser encontrados fundamentos do movimento real das relações de

violação do direito em geral. De nossa parte, o estudo do caso do Grupo Serpos, como aponta nossa pesquisa, é um estudo que acaba encontrando a conjunção complexa de relações de produção, relações de troca e relações de violação do direito com o momento do litígio trabalhista – no qual se formam, por sua vez, novas relações de troca.

Com base neste conjunto de elementos deixados por Pachukanis, temos agora um ponto de partida para a investigação do fenômeno da violação do direito em geral. Em resumo, nossa leitura de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* encontra a categoria violação do direito sobretudo no capítulo sétimo, em que são identificadas as dimensões da generalidade e da historicidade como caminhos fundantes da reconstrução teórica do fenômeno.

Na análise da obra como um todo unitário, percebemos que o litígio é um fenômeno que não passa despercebido pelo autor. Pelo contrário, trata-se de um momento de maior concretização histórica da violação do direito, motivo pelo qual a sua investigação carrega o potencial de revelar, da aparência à essência, os fundamentos do movimento real de nosso objeto de pesquisa.

A partir deste quadro, a exposição passa agora ao seu último momento. Partindo dos elementos que encontramos em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* para a construção da categoria violação do direito, passaremos à elaboração de uma proposta de sistematização que busque conjugar, como uma síntese provisória, as aproximações realizadas nas sucessivas etapas da pesquisa até aqui percorridas.

3.3 A VIOLAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA SOCIAL

A abordagem realizada por Pachukanis em torno da violação do direito, conforme pudemos observar, aproxima a concretização histórica da forma jurídica de uma pluralidade de situações fáticas determinadas, abrangendo desde uma vaga referência à lei de talião até a complexa formação do sistema de direito penal no capitalismo. Esta aproximação, para nós, merece ser aprofundada no âmbito do desenvolvimento da crítica marxista ao direito.

A generalidade e a historicidade da categoria violação do direito foram os critérios de análise que pudemos extrair diretamente da obra pachukaniana, remanescendo abertas as tarefas de, a partir deles, encontrar e exteriorizar os fundamentos do movimento real do fenômeno. Chegamos, assim, ao momento em que o exercício do estranhamento, combinando

a análise do “familiar como exótico” (capítulo 1) e do “exótico como familiar” (capítulo 2), retorna à nossa pergunta inicial: *o que é violação do direito?*

Dentre as diversas situações fenomênicas abstraídas na categoria violação do direito, seria inviável, nesta primeira abordagem, exaurir as múltiplas hipóteses particulares que poderiam ser analisadas. Até aqui, já nos referimos com finalidade exemplificativa ou ilustrativa a uma série de situações – desde a referência introdutória ao caso do modelo *Ford Pinto* até a descrição de uma série de casos fictícios, como o da colheita danificada formulado em *The Problem of Social Cost* por Ronald Coase. A partir deste contexto, chegamos, neste terceiro capítulo, à descrição mais detalhada do caso do Grupo Serpos.

Buscaremos argumentar aqui que, apesar de diversas, estas situações guardam uma mesma forma de realização na totalidade capitalista. Esta forma poderá ser revelada se partirmos, fundamentalmente, das aproximações teóricas apresentadas no primeiro capítulo – ou seja, daquelas acumuladas em uma crítica ao direito formulada a partir da crítica da economia política – combinadas com aquilo que pudemos extrair da crítica à teoria da violação eficiente do direito apresentada no segundo capítulo. Por sua vez, a caracterização da categoria violação do direito que, nos itens anteriores, buscamos sistematizar a partir da interpretação de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* constitui agora nosso ponto de partida para as tarefas colocadas.

A pergunta de que podemos partir é semelhante a outra realizada por Pachukanis: *seria possível entender a violação do direito “como uma relação social naquele mesmo sentido que Marx usou ao chamar o capital de relação social”?*¹⁰³ Buscaremos, na sequência, desenvolver as análises realizadas até aqui – ao fim, confrontando mais diretamente a crítica marxista ao direito com a teoria da violação eficiente do direito – para começarmos a nos aproximar de possíveis respostas a esta questão.

¹⁰³ Na passagem original, Pachukanis se refere ao direito: “Em outras palavras, seria preciso compreender se as categorias jurídicas representariam aquelas formas objetivas de pensamento (objetivas para uma sociedade historicamente dada) que correspondem a uma relação social objetiva. Colocamos, portanto, a questão da seguinte maneira: *seria possível entender o direito como uma relação social naquele mesmo sentido que Marx usou ao chamar o capital de relação social?*” (PACHUKANIS, 2017a, p. 88, *itálicos na obra citada*)

3.3.1 Sujeito de direito e violação do direito

Como vimos no primeiro capítulo, o sujeito de direito é a categoria a partir da qual, do simples ao complexo, Pachukanis indica o caminho para a reconstrução teórica do fenômeno jurídico sob o critério da totalidade. Podemos retomar, neste sentido, a passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* em que encontramos a correspondência entre os tecidos jurídico e econômico: “[o] sujeito como titular e destinatário de todas as pretensões possíveis e a cadeia de sujeitos ligados por pretensões recíprocas são o tecido jurídico fundamental que corresponde ao tecido econômico, ou seja, às relações de produção da sociedade” (PACHUKANIS, 2017a, p. 109).

Vimos também que a forma jurídica, com o desenvolvimento histórico do capitalismo, adquire certo grau de autonomia, permitindo que a juridicidade conforme relações sociais entre sujeitos de direito para além das relações de troca de mercadorias. No estágio mais desenvolvido da economia mercantil, a subjetividade jurídica abrange “a capacidade geral de possuir direitos” separada “das pretensões jurídicas concretas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 125).

Veremos agora que, no exame da diversidade de manifestações fenomênicas da violação do direito, estas “pretensões jurídicas concretas” se realizam em essência sob a forma da equivalência contratual. O sujeito de direito, novamente, aparece como unidade mais simples, como ponto de partida do movimento de reconstrução teórica, mas agora especificamente do *movimento real da violação do direito*.

Podemos começar dizendo que, em seu estudo sobre a formação histórica do sistema de direito penal, Pachukanis aponta mediações fundamentais para avançarmos em direção à compreensão da generalidade da violação do direito a partir da conexão história entre a noção de vítima e a categoria sujeito de direito. Vejamos como o capítulo sétimo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* avança neste sentido em um argumento de maior fôlego:

Se considerarmos que a natureza da sociedade burguesa é ser uma sociedade de proprietários de mercadorias, deveremos assumir *a priori* que seu sistema penal é o mais jurídico, de acordo com o sentido que estabelecemos antes. Contudo, é como se de repente nos encontrássemos aqui diante de uma série de dificuldades. Primeiro, coloca-se o fato de que o direito penal moderno não parte, a princípio, do prejuízo da vítima, mas da violação da norma estabelecida pelo Estado. Uma vez que a vítima com suas reivindicações é colocada em segundo plano, vale perguntar onde está aqui a forma da

equivalência. Contudo, em primeiro lugar, por mais que a vítima seja relegada ao segundo plano, ela ainda não desaparece, mas continua a representar o fundo da ação jurídico-penal que está em disputa. A abstração da violação do interesse público apoia-se totalmente na figura da vítima, que toma parte no processo pessoalmente ou por meio de um representante e confere a esse processo um sentido vital. Além disto, até mesmo nos casos em que a vítima concreta não existe na realidade, quando se “reclama” alguma lei, tal abstração encontra encarnação real na pessoa do promotor de justiça. Essa dicotomia, por meio da qual o próprio poder estatal surge no papel de parte (o promotor) e no papel de juiz, demonstra que o processo penal, como forma jurídica, é indissociável da forma mais geral do contrato. O promotor, como é esperado de uma “parte”, reclama um “valor alto”, ou seja, uma pena severa, o infrator solicita uma indulgência – “um desconto” –, e o tribunal decide “pela justiça”. Coloque completamente de lado essa forma de contrato e você privará o processo penal de sua “alma jurídica”. (PACHUKANIS, 2017a, p. 174).

O trecho citado trata do processo penal, um momento de maior complexidade que condensa um conjunto de relações decorrentes da violação da legislação penal e, com isso, suscita uma série de questões a serem debatidas. Por enquanto, o que nos interessa com maior centralidade é a identificação da vítima como possível unidade de análise das relações de violação do direito.

Se compararmos a situação debatida por Pachukanis com uma situação de violação contratual, estaremos diante de dois casos bastante distintos entre si. Se pensarmos, por exemplo, na situação em que “A” não entrega as cem sacas de café prometidas a “B”, e a compararmos com a situação em que “A” pratica um homicídio contra “B”, estaremos formando imagens heterogêneas entre si. No caso do homicídio, a possível relação penal teria por ponto de partida a “violação da norma estabelecida pelo Estado” independentemente da vontade de “B”, aparentemente se distinguindo da violação da promessa realizada em um contrato de troca de mercadorias.

Pachukanis demonstra, porém, que este ponto de partida particular é bastante distinto apenas na dimensão aparente da caracterização do fenômeno que investigamos. A violação da norma estatal, por si só, não expressa o movimento real da violação do direito. Como vimos, o movimento real do direito não está na norma, e sim na relação intersubjetiva. Por isso, coerentemente, Pachukanis afirma que “[a] abstração da violação do interesse público apoia-se totalmente na figura da vítima”. Sem a presença da vítima, ainda que representando “o fundo da ação jurídico-penal que está em disputa”, o processo perde o seu “sentido vital”.

Assim como, em essência, não existe relação jurídica sem um “ato de vontade comum” entre dois sujeitos (MARX, 2017a, p. 159), não existe no processo penal moderno a formação do contraditório sem disputa de interesse entre duas partes. A distinção é que, neste último caso, a fixação da medida de equivalência é mediada por uma terceira parte, o órgão jurisdicional, na qualidade de árbitro e fiador da disputa. Mas é a troca intersubjetiva de equivalentes que, em essência, dá forma tanto à relação jurídica, quanto ao litígio decorrente da violação do direito e à própria violação do direito.

Neste aspecto, no capítulo “Mercadoria e sujeito”, Pachukanis aproxima-se da relação entre sujeito e Estado com implicações que merecem ser pontuadas em nossa análise:

Do mesmo modo que os atos de troca da produção mercantil desenvolvidas foram precedidos por atos de troca ocasionais e outras formas de troca – por exemplo, a troca de presentes –, o sujeito de direito, com a esfera do domínio jurídico que se entende ao seu redor, foi precedido historicamente pelo indivíduo armado, ou, mais frequentemente, por um grupo de pessoas, a *gens*, a horda, a tribo, capaz de defender por meio do conflito, do confronto, tudo aquilo que representa as condições de sua existência. Essa tênue linha histórica claramente vincula o tribunal ao duelo e o divide e um processo que tomam parte em uma luta armada. Devido ao crescimento das forças sociais reguladoras, o sujeito perde sua tangibilidade material. Sua energia pessoal é substituída pela potência da organização social, ou seja, de classe, que atinge sua mais alta expressão no Estado. Aqui o poder estatal impessoal e abstrato, agindo no espaço e no tempo com continuidade e regularidade ideais, corresponde ao sujeito impessoal e abstrato, do qual é reflexo. (PACHUKANIS, 2017a, p. 125).

Interessa-nos aqui destacar aquilo que Pachukanis aponta como o momento histórico em que “o sujeito perde sua tangibilidade material”. A repetição regular dos atos de troca mercantil na sociedade capitalista cria as condições de desenvolvimento da forma jurídica. A organização estatal, apesar de não ser essencial a este processo histórico, substitui a energia pessoal do “indivíduo armado” e de agrupamentos humanos análogos. Com isso, a análise histórica do capitalismo leva à compreensão de que o Estado assume a forma da subjetividade jurídica e, ao mesmo tempo, assume a posição de um fiador que complementa a realização histórica da forma do sujeito como “portador abstrato de todas as pretensões jurídicas possíveis” e titular da “capacidade geral de possuir direitos” (PACHUKANIS, 2017a, p. 125).

No caso da “violação da norma estabelecida pelo Estado”, a relação de violação do direito se estabelece tendo por condição exatamente a subjetividade jurídica assumida pela

organização estatal. Com efeito, no caso da ação penal, o promotor age como se representasse a vítima de uma violação contratual, reivindicando do infrator a reparação equivalente aos danos percebidos. Neste caso, o “castigo – afirma Pachukanis em outra passagem – surge como acerto de contas” (PACHUKANIS, 2017a, p. 176). O processo penal “como forma jurídica”, por sua vez, “é indissociável da forma mais geral do contrato”, ou seja, da forma da relação de troca de equivalentes entre sujeitos de direito.

Ao menos no caso da regulação brasileira, isso fica ainda mais evidente ao percebermos uma série de institutos do processo penal que se expressam em linguagem comercial. É como se, desde o momento da prisão, estivesse formada uma relação de dívida entre o preso e a organização estatal. Em muitas hipóteses, para não pagar esta dívida de imediato, é possível ao preso oferecer a “fiança” – nada mais que uma garantia em dinheiro a qual, caso condenado, é revertida à organização estatal; em caso de absolvição, semelhantemente às garantias de um contrato de aluguel, retorna à parte adimplente. Em situações de menor gravidade, o promotor está ainda autorizado a realizar a “transação penal”, ou seja, negociar diretamente com o infrator a extensão da pena. Por último, em casos de “revisão criminal”, caso absolvido, o preso tem direito a “uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.¹⁰⁴

Nestas três situações exemplificativas, a condenação penal assume a forma de dívida, tendo por base a conversão abstrata de tempo de trabalho em dinheiro. Neste sentido, espantar-se com o uso da gíria “pagar a pena” pela população carcerária, como fizemos em outros momentos,¹⁰⁵ na realidade, é estranhar as particularidades exóticas da própria totalidade do modo de produção capitalista.

A partir desta aproximação, a generalidade da violação do direito pode ser encontrada no mesmo processo em que Márcio Bilharinho Naves – em sua interpretação da obra marxiana – encontra a especificidade histórica do direito: no “processo de subsunção real do trabalho ao capital” (NAVES, 2014, p. 87). Em última instância, tanto no caso do pagamento em dinheiro de uma indenização por rompimento de contrato (violação contratual), quanto no caso da execução de uma pena de restrição de liberdade decorrente de um homicídio (violação

¹⁰⁴ Ver Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), artigos 321 a 350 e artigos 621 a 631; Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 76.

¹⁰⁵ Ver Uchimura (2013 e 2014).

da legislação penal), a moeda de troca que realiza o “princípio da reparação equivalente” entre sujeitos de direito (ofensor e vítima) é a mesma: a “abstração do trabalho humano mensurável pelo tempo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 177).

Em síntese, partindo das indicações iniciais de Pachukanis sobre a categoria violação do direito e articulando a nossa proposta de aproximação esboçada acima, podemos dizer que a violação é *do direito* na medida em que se realiza entre sujeitos de direito. Assim como toda “relação jurídica é uma relação entre sujeitos” (PACHUKANIS, 2017a, p. 117), aqui se chega a uma formulação semelhante: *toda relação de violação do direito é uma relação entre sujeitos*.

A violação do direito, neste sentido, não se refere à representação de fatos isolados por si só, mas sobretudo aos conjuntos de relações subordinadas à lógica jurídica decorrentes destes fatos. Quer dizer, não importa tanto investigarmos os fatos de homicídio ou de violação contratual de modo isolado, mas sobretudo o momento em que vítima e ofensor se encontram na qualidade de sujeitos de direito no tecido das relações econômico-jurídicas. A exemplo de Pachukanis, sob o critério da totalidade, o que devemos mirar é o conjunto de relações sociais decorrentes destes fatos como “uma única e mesma realidade total e concreta” (PACHUKANIS, 2017a, p. 80).

É a partir destas aproximações que podemos reafirmar a dimensão da generalidade da categoria violação do direito, ou seja, reunir sob a sua capacidade abstrativa do real uma pluralidade de situações fenomênicas aparentemente distintas. Na sequência, veremos que, dentre esta pluralidade, são as relações de violação de contrato que, em essência, constituem a base histórica pela qual se desenvolveu a forma geral da violação do direito.

3.3.2 Forma contratual e relações de violação do direito

Vimos no primeiro capítulo que, historicamente, a forma abstrata da equivalência é resultado de um processo que parte do desenvolvimento embrionário de conexões menos complexas entre dano e reparação até culminar, com o capitalismo industrial, no momento contratual como forma mais desenvolvida. Veremos agora que o encontro histórico entre equivalência e contrato constitui também um dos fundamentos centrais da explicação do movimento real das relações de violação do direito.

Em sua investigação histórica sobre a violação do direito, Pachukanis faz referência à sucessão dos conflitos entre famílias passando “de geração em geração” como “característica mais antiga da vingança de sangue” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167). Não podemos dizer que fenômenos semelhantes não possam ser observados na realidade atual. No Brasil, por exemplo, são conhecidos conflitos que – como na descrição etnográfica de Kovaliévski sobre a antiguidade russa – sucedem gerações de famílias rivais. A este fenômeno a literatura especializada atribui a expressão “lutas de famílias” (COSTA PINTO, 1949).¹⁰⁶

É o caso da disputa entre as famílias Oliveira e Suassuna no sertão paraibano. Semelhantemente ao enredo de *Abril Despedaçado*,¹⁰⁷ trata-se de um conflito baseado na vingança entre famílias sertanejas. No caso real, entretanto, o conflito se arrasta por quase um século: “desde a década de 1920 [...] mais de 100 pessoas já morreram de ambos os lados” (CORDEIRO, 2017). O Estado, ao tentar intervir no conflito, precisou montar uma operação especial – então denominada “Laços de Sangue” – e um correlato aparato físico especialmente voltado à condução dos julgamentos. Segundo informações veiculadas em um jornal local prestadas por um promotor de justiça atuante no caso:

No Fórum de Catolé da Rocha à época, onde se concentrava a maior parte dos processos contra as famílias Oliveira e Suassuna, existia todo um esquema de segurança para proteger os juízes da cidade. Os policiais ficavam armados inclusive com fuzil. Diversas autoridades foram ameaçadas no âmbito da operação. (BARBOSA, 2017).

Apesar de não ser nosso objetivo demonstrá-lo empiricamente, parece ser possível assumir que, apesar de existentes em diversos contextos, situações deste tipo são residuais diante da tendência predominante de resolução de conflitos sob a forma intersubjetiva da equivalência entre dano e reparação. Não à toa, o caso é relatado quase que como uma

¹⁰⁶ De acordo com Dália Maria Bezerra Maia: “O interesse pelos conflitos de famílias, dentro e fora da academia, não é algo estranho, tampouco novo. Apresentadas geralmente de modo muito abstrato, as ‘lutas de famílias’ são descritas como conflitos que se dão entre grupos de base familiar, os quais se valem da violência como meio de se reagir a uma afronta e efetivar uma vingança.”. A expressão “lutas de família”, por sua vez, ficou consagrada na literatura acadêmica sobre conflitos de famílias a partir da obra de Costa Pinto, *Lutas de Famílias no Brasil*” (MAIA, 2008, p. 32).

¹⁰⁷ Trata-se, originariamente, de um romance albanês (KADARÉ, 2006). A conhecida adaptação da obra em forma de filme, lançada em 2001 sob a direção de Walter Salles, retrata uma crônica de vingança familiar que se passa no ano de 1910 no sertão brasileiro (ABRIL DESPEDAÇADO, 2001). Para uma análise da relação entre as obras literária e cinematográfica, ver Guimarães (2014).

curiosidade histórica nas fontes consultadas, integrando seção intitulada “*Mundo Estranho*” da *Revista Superinteressante*. A organização estatal deflagrou uma operação especial mobilizando o aparato burocrático de modo absolutamente incomum e, com isso, nas palavras da referida reportagem, “prende 21 pessoas para tentar dar fim à baixaria” (CORDEIRO, 2017).

O que nos interessa observar nisto é que, nestas formas embrionárias de desenvolvimento histórico da violação do direito, ainda hoje observáveis de modo residual, podemos, a partir de seu estranhamento, perceber um encadeamento entre fatos de violência e vingança. A relação histórica entre os fenômenos da *violência* e da *violação do direito*, por sua vez, interessa à dimensão da historicidade de nossa pesquisa.

Em termos etimológicos, um estudioso do conceito de violência aponta que a origem latina da palavra está relacionada ao verbo *violare*, que significa “tratar com violência, profanar, transgredir”. Ambos os termos, por sua vez, referem-se a *vis*, “que quer dizer força, vigor, potência, violência, emprego de força física” e “[m]ais profundamente [...] significa a força em ação, o recurso de um corpo para exercer sua força e, portanto, a potência, o valor, a força vital” (MICHAUD, 2001, p. 8).

Se etimologicamente violência e violação são palavras desenvolvidas a partir do mesmo núcleo semântico, nossa investigação aponta para conexões semelhantes. Ambas, em alguma medida, representam “o recurso de um corpo para exercer sua força”. Em um caso de homicídio, o exercício da força de um corpo sobre outro é mais evidente. Entretanto, também nos casos de violação contratual, é possível perceber que o recurso à força física é um momento central para a explicação do fenômeno como um todo.

No caso da situação de compra e venda de que já tratamos como exemplo, se “A” não entregar as cem sacas de feijão prometidas a “B” no prazo estipulado, as relações de violação do contrato realizam-se não apenas no momento da omissão de “A” em sua obrigação contratual, mas, em última instância, como resistência à pretensão jurídica de “B”, ou seja, em uma expressão de correlação de força (*vis*) entre as partes. Não por acaso, o “litígio processual” – momento mais complexo em que se expressa a forma da violação do direito – é identificado na doutrina jurídica processual como “a forma moderna de resolução dos conflitos qualificados por uma pretensão resistida” (GRILLO, 2017, p. 101). A execução forçada garantida pela organização estatal “quando os contratos não são cumpridos voluntariamente” (PACHUKANIS, 2017a, p. 147) indica que, no limite, se considerarmos a

possível resistência da parte ofensora, a relação decorrente da violação contratual integra uma correlação de forças.

A autonomização da forma da subjetividade jurídica permite que a relação decorrente de um fato de violência – a antiga vingança imediata – realize-se no capitalismo como “pretensão jurídica concreta” separada da “capacidade geral de possuir direitos”. A figura processual do espólio, por exemplo, é indicativa de que, no limite, o litígio não envolve uma relação imediata entre seres humanos, e sim uma relação entre sujeitos de direito. A subjetividade jurídica aparece como mediação entre partes contratuais capazes de transferir pretensões econômicas entre si e a terceiros.

Em paralelo, com o desenvolvimento das forças produtivas, o emprego individual de força física em conflitos passa a ser algo proibido pela organização estatal – ainda que a pretensão seja “legítima”, como exemplifica a criminalização do “exercício arbitrário das próprias razões” no caso da legislação brasileira.¹⁰⁸ A violência assume a forma da violação do direito na medida em que, em vez de buscar vingança “pelas próprias mãos”, o indivíduo ofendido titulariza abstratamente uma pretensão jurídica correspondente.

Na medida em que, tendencialmente, a relação entre ofensor e vítima se dá como relação entre sujeitos de direito, o conflito se resolve como se fosse um contrato, um acordo de vontades que, sob algum tipo de pagamento, a parte ofensora pode quitar. Com o desenvolvimento da forma troca de equivalentes e da conexão entre dano e reparação sob esta forma, a possibilidade de a parte ofensora “pagar pelo que fez” e se liberar da dívida apresenta-se como o caminho “natural” para que os conflitos tenham um ponto final e para que se garanta, com a quitação do direito violado, a livre mobilidade das mercadorias.

Cabe-nos, evidentemente, questionar a dimensão familiar deste caminho *aparentemente* natural. Se retomarmos a imagem da disputa entre as famílias paraibanas Oliveira e Suassuna, podemos questionar: em que medida ela é mais ou menos exótica do que o cumprimento de penas de encarceramento medidas em dias, meses e anos observado de forma massiva no sistema penal brasileiro? Em nosso exercício de estranhamento da sociedade capitalista, percebemos que as relações decorrentes de violações do direito, apesar

¹⁰⁸ Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940: “Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite [...]”.

de familiares, são tão exóticas quanto as residuais rixas entre clãs familiares. Toda a jurisprudência brasileira, a partir de uma inspiração antropológica, poderia ser igualmente inserida em uma seção denominada “*Mundo Estranho*” da sociabilidade capitalista.

As particularidades do procedimento penal, neste sentido, “representam um momento irracional, mistificador e absurdo”, sendo, para Pachukanis, “justamente esse o momento especificamente jurídico” (PACHUKANIS, 2017a, p. 175). Vejamos como o soviético busca expressar este momento – para nós, novamente nos convidando ao exercício de perceber o caráter exótico do real – com a narrativa de duas sentenças penais relatadas em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*:

Eis aqui apenas duas de uma série: um reincidente condenado 22 vezes por falsificação, roubo, fraude etc. é sentenciado pela 23ª vez a 24 dias de prisão por desacato a um funcionário. Outro, que no total passou treze anos entre cadeias e penitenciárias (*Zuchtaus*), condenado dezesseis vezes por roubo, fraude etc., é sentenciado pela 17ª vez por fraude a quatro meses de prisão. Nesses casos, evidentemente, não se pode falar nem em função protetiva, nem em função corretiva da pena. Prevalece aqui o princípio formal da equivalência: a uma culpa igual – uma igual medida penal. E, na verdade, o que mais poderia fazer o tribunal? Não se pode esperar corrigir um reincidente contumaz em três semanas de reclusão, mas não se pode também, por um simples desacato a um funcionário, isolar o tal sujeito por toda a vida. Não lhe resta outra coisa senão conceder ao infrator a chance de pagar em sua própria moeda (umas quantas semanas de privação da liberdade) pelo pequeno delito. (PACHUKANIS, 2017a, p. 179).

Ao comentar estas duas situações, Pachukanis afirma ainda: “[e]sse absurdo não é nada além de celebração da ideia jurídica, pois o direito é a aplicação de uma única medida e nada mais encerra em si” (PACHUKANIS, 2017a, p. 179, nota 21). Se examinarmos o “simples desacato” retratado no trecho citado, poderíamos até imaginar a possibilidade real de que a ofensa pudesse ser vingada diretamente pelo funcionário ofendido. A especificidade histórica da relação de violação do direito aparece, entretanto, na medida em que o infrator é aqui um sujeito de direito em dois sentidos: um indivíduo, por um lado, abstratamente titular de tempo disponível como forma de pagamento “pelo pequeno delito” e, por outro, abstratamente titular de um conjunto de garantias de sua integridade física tutelado pela organização estatal.

Como vimos, ao assumir a forma sujeito de direito, a vítima – no caso, o funcionário ofendido – perde sua tangibilidade material. A organização estatal, substituindo sua energia

peçoal, criminaliza a vingança “pelas próprias mãos” e, em contrapartida, coloca por meio do litígio a força (*vis*) organizada sob a forma pública a serviço do “cumprimento coercitivo das decisões”. As leis e os tribunais encontram aqui o mesmo “*objetivo prático profundo*” da mediação jurídica: a mobilidade das mercadorias realizadas na forma das transações privadas (PACHUKANIS, 2017a, p. 64-65).

A noção de *vis*, que nos auxilia na conexão entre os fenômenos da violência e da violação, assume neste caso uma forma histórica específica. Uma forma, porém, não menos exótica se comparada com as relações de vingança e as lutas de família a que fizemos referência. Estranhar a forma assumida pelas relações de violação de direito significa, no exemplo acima, questionar quais forças sociais impedem que o funcionário desacatado se vingue diretamente e, ao mesmo tempo, quais forças sociais viabilizam que o infrator se libere do pequeno delito por meio de um ato de pagamento da pena de privação de liberdade.

Examinando a lógica que torna o fenômeno da reincidência uma “celebração da ideia jurídica” realizada no sistema penal burguês, Pachukanis encontra o caráter contratual do litígio. No caso do processo penal, a “justiça burguesa”, em um “contrato com o infrator”, empenha-se “para que cada um possa verificar e garantir que o pagamento seja feito com justiça”. Estas garantias – vale notar – existem de forma absolutamente frágil no sistema penal capitalista, sobretudo em momentos de acirramento da luta de classes.¹⁰⁹ Mas, mesmo em relação a um hipotético cenário em que existissem plenamente tais garantias, Pachukanis é implacável: “o Estado estabelece sua relação com o infrator no quadro leal de um negócio comercial, e é nisso que consiste a assim chamada garantia do processo penal”. (PACHUKANIS, 2017a, p. 179).

Pachukanis chega assim mais diretamente à noção de “sanção”, a qual “designa igualmente tanto uma execução forçada da obrigação privada quanto uma punição disciplinar”. Aqui aparece de modo mais nítido, na análise da realidade expressa por um

¹⁰⁹ Pachukanis, neste sentido, tece considerações que, aparentemente, a história latino-americana recente e seus golpes de Estado de novo tipo têm ratificado: “A realização dessas relações de troca no direito penal é um dos lados da realização do Estado de direito como forma ideal de relação entre os produtores de mercadorias independentes e iguais que se defrontam no mercado. Mas, assim como as relações abstratas não estão limitadas às relações abstratas entre proprietários de mercadoria, o tribunal penal é não apenas a encarnação da forma jurídica abstrata, e sim, ainda, uma arma imediata da luta de classes. Quanto mais aguda e tensa for essa luta, mais difícil se tornará exercer o domínio de classe na forma do direito. Nesse caso, o lugar do tribunal ‘imparcial’ com suas garantias é ocupado pela organização da violência de classe direta, a qual em suas ações se orienta apenas por considerações de conveniência política.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 174).

conceito da teoria geral do direito, uma aproximação pela qual passamos no item anterior: tanto a parte que viola uma promessa contratual quanto o infrator da legislação penal estão sujeitos, do mesmo modo, à realização de um pagamento como medida de liberação. Prossegue o autor: “Isso se expressa por meio da expressão ‘cumprir a pena’. O infrator que cumpre sua pena retorna à posição inicial, ou seja, à existência individualista da sociedade, à ‘liberdade’ de contrair obrigações e cometer delitos.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 182-183). Podemos ir além e dizer: aquilo que os juristas chamam de “sanção” representa o momento do fenômeno da violação do direito correspondente à *medida equivalente* que, no processo capitalista de troca de mercadorias, fundamenta a realização da igualação de vontades entre os proprietários de mercadorias.

Para a perspectiva normativista do fenômeno jurídico, a sanção aparece como a consequência lógica da violação do dever-ser. Kelsen, por exemplo, afirma que o “[o] ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito” (KELSEN, 1998, p. 124).¹¹⁰ O movimento real da violação do direito, entretanto, não está na forma lógica que conecta ilícito e sanção. Este formalismo deontológico, como nos diz Pachukanis, não é capaz de sustentar nem mesmo as próprias premissas.

O que se revela na investigação materialista-histórica é que a tradicional noção formalista de sanção oculta um conjunto de relações sociais que se interpenetram e estão profundamente condicionadas pelo processo de troca de mercadorias e pelo processo de realização do valor. Assim como para o fenômeno jurídico, qualquer explicação exclusivamente deontológica para a violação do direito estará, inevitavelmente, desconectada das relações sociais em sua existência objetiva. Interessa-nos, assim, afastar possíveis fetichismos deontológicos e examinar a sanção no momento de sua realização nas relações sociais, e não em seu aspecto formal desvinculado do movimento real da totalidade.

Se olharmos para o quadro da violação contratual como um todo, poderemos observar que, no ato de troca de mercadorias, o sujeito de direito titulariza não apenas a pretensão

¹¹⁰ A frase dá título a uma das subseções de *Teoria Pura do Direito*, de 1934. O ilícito é definido pelo austríaco pelo fato de a ordem jurídica positiva tê-lo tornado pressuposto de um ato coercitivo de sanção. Trata-se, assim, de um fato que está dentro do direito e, em certa medida, constitui um momento necessário ao seu fechamento lógico. No limite, sob tal perspectiva, aquele que pratica um ilícito ou delito age nos estritos marcos da descrição da conduta proibida, realizando-a. Paradoxalmente, a conduta em conformidade com o direito seria aquela que evita o ato de coação, evita a consequência jurídica.

jurídica à mercadoria adquirida, mas também a possibilidade de não entregar a contrapartida que prometeu no “ato de comum vontade” (Marx), ou seja, de violar a pretensão jurídica da outra parte. De modo perspicaz, a doutrina contratual estadunidense de vertente realista percebeu isto já com a *heresia holmesiana*: o contrato, mais do que uma obrigação, é uma opção entre cumprir e violar. A caracterização da violação do direito como uma opção mercadológica, extraída da análise do pensamento posneriano, é a expressão teórica mais recente desta evidência. O caso do Grupo Serpos, por sua vez, ilustra o exercício desta opção no cálculo empresarial dos custos da legislação trabalhista.

Na violação do direito em geral, o centro explicativo do fenômeno está justamente na possibilidade de pagar uma medida equivalente ao direito violado e – nas palavras já citadas de Pachukanis – retornar “à posição inicial, ou seja, à existência individualista da sociedade, à ‘liberdade’ de contrair obrigações e cometer delitos”. É o ato do pagamento, como momento de realização da equivalência entre o fato de violação do direito e a pretensão jurídica concreta correspondente, que confere sentido material para a noção jurídica de sanção em seu sentido mais geral – abrangendo desde o caso do homicídio até o caso da violação contratual.

Ao identificar a centralidade do momento do pagamento na explicação da violação do direito, entretanto, não queremos dizer que o movimento real do fenômeno se encerra aí. Os fatos de violação do direito caracterizam-se, em sua dimensão material, pelo potencial de animar um conjunto complexo de relações sociais. A “cadeia de sujeitos ligados por pretensões recíprocas” de que fala Pachukanis, correspondente em última instância “às relações de produção da sociedade”, é uma cadeia formada também por relações decorrentes de violações do direito.

Este conjunto de relações, como vimos, caracteriza-se não apenas pela realização histórica entre sujeitos de direito, mas na forma do encontro destes sujeitos sob a forma contratual. A partir desta aproximação, podemos reunir na categoria violação do direito – ao menos inicialmente – três grandes conjuntos de relações sociais que, apesar de particulares, assumem esta mesma forma geral: violações de contratos, violações de normas legais e violações de direitos subjetivos.

Na sequência, examinaremos mais diretamente este quadro de espécies particulares de relações de violação do direito em um item próprio da exposição. Antes disso, é importante avançarmos ainda na investigação sobre a forma contratual pela qual se realizam estas relações. Neste sentido, a sequência da exposição se divide em três momentos: (i)

articularemos elementos em torno da compreensão sobre a diversidade fenomênica do próprio direito; (ii) esboçaremos, a partir da interpretação de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, uma possível caracterização da categoria violação do direito; e (iii) retomaremos a análise do caso do Grupo Serpos com o objetivo de ilustrar estas aproximações e transitar aos próximos momentos da exposição.

Começamos, portanto, tratando de alguns aspectos da diversidade fenomênica do próprio direito. Como vimos, a crítica marxista ao direito afasta a concepção de que o direito está na norma. Isto não significa, entretanto, que o direito se realiza apenas no exato momento em que um sujeito de direito transfere uma mercadoria para outro. O antinormativismo ou a perspectiva adeontológica da crítica marxista ao direito não consistem em negar que normas jurídicas existem. É evidente que elas não apenas possuem materialidade, mas também exercem força real na organização de relações sociais e, além disso, aparecem fenomenicamente como direito.

Diante disso, Pachukanis demonstra coerência com o critério da totalidade ao afirmar que, apesar de não ser possível transferir a essência do direito, há uma espécie de tinta que pinta de tons jurídicos relações sociais dos mais diversos gêneros – ou, até mesmo, a “totalidade delas”.¹¹¹ Antes disso, é o próprio Marx que, mesmo sem um aprofundamento na sistematização do tema, faz alusão a diversos sentidos com o uso de expressões jurídicas na redação d’*O Capital*. Quanto a isso, a extensa pesquisa de Ricardo Pazello chegou às seguintes indicações sobre o tema:

Construindo um mapa conceitual da incidência da idéia de direito/legalidade, chegaríamos aos seguintes sentidos utilizados por Marx, em *O capital*: 1) direito como relação jurídica, ou seja, referências própria e estritamente jurídicas; 2) direito como legislação e aparelho legislativo; 3) direito como sistema judiciário estatal; 4) princípios de justiça (via de regra, em sentido negativo, quer dizer, de injustiça); 5) referências a leis científicas ou ideológicas, naturais ou sociais; e 6) referências a todo tipo de regularidade e normalidade. Em todos os 25 capítulos, mais prefácio da primeira edição e posfácio da segunda edição alemãs, do volume 1 de *O capital*, pelo menos

¹¹¹ “Dessa maneira, nos desvincelharemos dessa contradição aparente se, por meio da análise das definições fundamentais do direito, lograrmos demonstrar que ele se apresenta como a forma mistificada de uma relação social bem *específica*. Nesse caso, não seria uma afirmação sem sentido a de que essa relação, em casos particulares, confere sua forma a qualquer outra relação social ou até mesmo à totalidade delas.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 92).

um destes sentidos aparece. É evidente que os sentidos 5 e 6 não têm nada de jurídicos, mas os arrolamos conjuntamente para não deixarmos de notar a reincidente utilização da idéia de “lei”, em Marx, em clara alusão a um imaginário em busca de explicações ontológicas sobre os fenômenos sociais. Verificamos haver uma densidade maior ou menor em cada capítulo em conformidade com cada uma das dimensões trabalhadas, as quais, em uma singela contagem de aparições, somam quase mil menções. Assim, pudemos examinar a densidade interpretativa de Marx quanto à utilização da “matéria das leis”, em especial as quatro primeiras dimensões, observando que o autor enfrenta a especificidade do direito com a noção de relação jurídica, assim como a construção de uma sociologia do direito, a partir da análise da legislação e dos aparatos estatais do direito burguês, sendo bastante residual a existência de uma filosofia da justiça. (PAZELLO, 2014, p. 144-145).

A partir da investigação sobre o uso destes sentidos na exposição da obra marxiana, a proposta formulada por Pazello consiste em considerar que a forma do direito se destaca tanto de sua *forma fundante*, correspondente às relações capitalistas de produção, quanto de sua *forma essencial*, que corresponde à própria relação jurídica (PAZELLO, 2014, p. 144-173). O quadro formulado a partir desta premissa, formando uma “visão mais dinâmica do fenômeno jurídico” (MOTTA, 2015, p. 57), contribui sensivelmente para o desanuviamiento de confusões sobre a distinção entre o movimento real do que *é* direito e o movimento real do que *parece* direito.

É em sua *forma aparente*, continua Pazello, que o direito se manifesta nos momentos legal (sentido 1) e judicial (sentido 2). Ou seja, a lei e o processo judicial não se confundem com o direito em sua essência. Trata-se de fenômenos distintos e análogos ao mesmo tempo. A norma legal e a decisão judicial geralmente reproduzem em alguma medida as cores da forma jurídica, mas com ela não se confundem. Ao criar normas pela edição de leis ou pela prolação de sentenças e, nelas, “declarar direitos”, as regulamentações estatais e as decisões judiciais estão projetando, como um índice ou sintoma de realidade, quais relações serão possível e relativamente garantidas pelo Estado, mas não estão criando o fenômeno jurídico em si, o que apenas pode ser feito a partir do estabelecimento de relações entre sujeitos de direito.

De nossa parte, a mobilização destas formulações permite que sejam mais bem explicadas não apenas as implicações da forma jurídica na totalidade, mas também o movimento real da violação do direito em sua concretização histórica. Dependendo do caso a ser analisado, a explicação do fenômeno da violação do direito exige a mobilização simultânea das formas fundante, essencial e aparente.

É o caso, por exemplo, das violações da legislação trabalhista praticadas pelo Grupo Serpos, as quais envolvem mais nitidamente relações de compra e venda da força de trabalho (forma fundante), relações contratuais entre patrão e trabalhador (forma essencial), direitos previstos em lei (forma aparente no sentido 1) e a instauração de litígios a partir da violação destes direitos (forma aparente no sentido 2). Na turbulenta dinâmica entre forma jurídica aparente e forma jurídica essencial e em sua concretização na totalidade, as relações de violação do direito apresentam-se com uma carga de complexidade muito maior do que o simples encontro entre sujeitos de direito.

Em relação à violação da legislação, vejamos um trecho central extraído do capítulo sétimo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*:

A insubordinação à norma, a violação desta, a ruptura com a forma normal das relações e os conflitos daí decorrentes constituem o ponto de partida e o principal conteúdo da legislação arcaica. O normal, ao contrário, não se fixa como tal desde o início: ele simplesmente existe. A necessidade de se fixar e definir com precisão a extensão e o conteúdo dos direitos e das obrigações mútuas surge no momento em que a existência pacífica e tranquila é violada. A partir desse ponto de vista, Bentham está correto quando diz que a lei cria o direito ao criar o delito. (PACHUKANIS, 2017a, p. 166).

Na análise desta citação, é necessário observar que a expressão “a partir desse ponto de vista” não é mero recurso estilístico. Constitui, em verdade, uma severa ressalva à colocação atribuída a Bentham. O antinormativismo pachukaniano de modo algum permitiria conceber, por si, que “a lei cria o direito”, posição enfaticamente rechaçada no terceiro capítulo da obra (“Relação e norma”). Evidentemente não é apenas isso que Pachukanis está afirmando nesta passagem.

Na medida em que a forma legal imita a lógica da troca de mercadorias entre sujeitos de direito, baseando-se nas formas da subjetividade jurídica e da equivalência, a expressão legislativa aparece fenomenicamente como direito. Para o soviético, entretanto, a forma legal é no máximo um “sintoma” de realidade jurídica. É forma aparente do direito (Pazello), sendo a norma jurídica, em uma expressão com relevante força didática, nada mais que direito morto (Kashiura Júnior). Poderíamos recolocar agora a questão do seguinte modo: se a legislação não se confunde com o direito, onde poderíamos encontrar o direito na esfera penal?

A criação do direito pela lei se dá – aí o necessário complemento de Pachukanis – com a criação do delito e, o mais importante, “em fatos de violação do direito”. A relação jurídica,

como qualquer relação, apenas pode ganhar movimento no plano factual. O caráter historicamente específico da relação jurídica, por sua vez, é a forma da troca de mercadorias entre sujeitos de direito. O delito criado pela lei, portanto, é no máximo “sintoma” esperando tornar-se “direito realmente existente”.¹¹² Aqui, podemos avançar e, ao menos didaticamente, colocar a questão do seguinte modo: em muitos casos, para que este “direito morto” ganhe ânimo real, é necessário que seja violado.

Em relação à legislação penal, “as relações correspondentes” dividem-se em duas ordens: ou a conduta em conformidade com as prescrições legais, ou a aplicação das penas previstas em decorrência de sua violação. No primeiro caso, não estamos diante de relações jurídicas penais no sentido estrito. Até poderíamos dizer que a efetividade da proibição do roubo, por exemplo, opera no plano da garantia da manutenção e da circulação da propriedade privada. Este tipo de garantia, porém, apesar de estruturalmente imbricado ao fenômeno jurídico, não está no plano de seu momento genético.

O que se sugere da interpretação do trecho citado acima, ao revés, é que o movimento real do direito está justamente na segunda ordem de relações correspondentes, ou seja, na realização de relações intersubjetivas em torno da aplicação das penas previstas. A violação da lei penal, portanto, comporta uma inversão fundamental no caminho da aparência à essência: *aparece* como negação do direito, mas é justamente onde a forma essencial do direito se encontra (ou se esconde) com maior peso na materialidade do sistema penal capitalista.

É na execução da pena que, na relação entre Estado e infrator, ocorre o pagamento de uma medida equivalente entre sujeitos de direito. Sob esta lógica, a violação da lei torna-se um momento fundamental para a compreensão da juridicidade penal e, por extensão, da juridicidade em outras esferas análogas. É dizer: o sopro de vida do direito penal é identificado a partir de Pachukanis precisamente nos fatos de violação, e não na obediência às normas legais.

Na sociedade moderna, com a subordinação da relação entre dano e reparação à forma da troca de equivalentes, criam-se relações jurídico-mercantis de um tipo próprio. Em certo

¹¹² “[...] no caso em que para o jurista o supremo princípio normativo, ou, para usar linguagem técnica, a fonte do direito, é a lei do Estado, as considerações jurídico-dogmáticas sobre o direito ‘vigente’ nada significam para o historiador que queira estudar o direito realmente existente” (PACHUKANIS, 2017a, p. 99).

momento, Pachukanis refere-se a esta situação como “relação decorrente”¹¹³. Empregando doravante esta terminologia, podemos agora dizer que o delito adquire juridicidade a partir de fatos de violação da legislação penal (forma aparente do direito) e, mais do que isso, *no momento da instauração das relações decorrentes* (forma essencial autonomizada do direito). É necessário ressaltar que esta juridicidade não corresponde diretamente à forma fundante do direito, ou seja, a relações de produção em sentido estrito. Mas a lógica que se imprime nas “relações decorrentes” está fundamentalmente baseada na troca de equivalentes entre sujeitos de direito, sendo, neste sentido, um tipo particular de relação jurídica.

Esta é a chave para compreendermos outra passagem emblemática do capítulo sétimo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*: “[o] delito pode ser considerado uma variante particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, contratual é estabelecida *post factum*, ou seja, depois de uma ação arbitrária de uma das partes” (PACHUKANIS, 2017a, p. 167). A partir desta indicação de Pachukanis, do particular para o geral, se tomarmos o delito como um tipo de fato de violação do direito, podemos afirmar que a violação do direito em geral consiste em uma forma (*variante particular de circulação*) que abrange unitariamente um fato (*ação arbitrária de uma das partes*) e uma relação decorrente (*relação de troca-contratual estabelecida após o fato*).

Isto implica ponderarmos que a forma contratual pela qual se realizam as relações de violação do direito não é o puro reflexo do “ato de vontade comum” aos proprietários de mercadorias. Há aqui uma particularidade que deve ser levada em consideração: a relação decorrente não representa necessariamente uma conexão voluntária entre as partes. Tanto a vítima pode ser pega de surpresa com a violação de seu direito, quanto o ofensor pode resistir à realização da relação de troca “estabelecida *post factum*” e assumir a posição social de devedor inadimplente.

Tomando emprestada a analogia de Pachukanis com a transferência das cores jurídicas, é como se aqui a “ação arbitrária de uma das partes” correspondesse à textura do papel das relações de violação do direito que, condicionando a tonalidade destas cores na recepção da tinta jurídica, resulta na forma social de uma “variante particular de circulação”.

¹¹³ Primeiro em: “Antes de tudo, é preciso admitir, e os próprios juristas trataram de se convencer disso, que um conjunto de normas, escritas ou não, por si só, pertencem muito mais ao domínio da criação literária. A significação real desse conjunto de normas só é obtida graças àquelas relações que são consideradas decorrentes, e que de fato, decorrem dessas regras.”. Depois em: “A relação decorrente do empréstimo se fixa no caso em que o devedor não quer saldar a dívida” (PACHUKANIS, 2017a, p. 98 e p. 166).

Isso reforça o que já dissemos antes: o centro explicativo do fenômeno está na possibilidade de pagar uma medida equivalente ao direito violado. É por meio do pagamento que a relação de troca de equivalentes, enfim, se realiza. Com a quitação da pretensão jurídica da vítima, em seu aspecto jurídico-mercantil, o ciclo contratual se encerra, e a livre circulação da mercadoria trocada está apta a se reiniciar – não por acaso, de modo semelhante à realização cíclica do valor que caracteriza o processo de troca no modo de produção capitalista.

Por fim, se pode causar alguma estranheza pensar que, em alguns casos, a realização do direito está justamente nas relações decorrentes de sua violação, talvez isto signifique que neste item, revirando pelo avesso algumas concepções familiares sobre o jurídico, podemos avançar em nosso exercício de estranhamento como síntese. Antagonicamente, a categoria violação do direito não representa a negação do direito, mas um conjunto de relações sociais específicas pelas quais relações jurídicas decorrentes se realizam sob uma forma contratual particular.

Esta proposta de caracterização da categoria violação do direito, por si só, suscita não apenas uma série de implicações a serem debatidas no âmbito das especificidades de cada “ramo do direito”, mas também a necessidade de aprofundamentos teóricos e levantamentos empíricos voltados à sua verificação. De nossa parte, podemos com isso afirmar que se trata apenas de uma primeira aproximação que não prescinde do prosseguimento de futuros estudos e investigações.

Não é nosso propósito, pelas delimitações de nossa pesquisa, buscar neste momento realizar a validação empírica de tal proposta. Interessa-nos, porém, aterrisar a aplicabilidade de alguns dos resultados desta análise no plano dos fatos. Quanto a esta pretensão, é possível entender que o processo de apropriação teórica é um processo de “crítica, interpretação e avaliação de fatos” e, ainda, que os fatos são “a cifra da realidade”. A investigação se realiza com mediações entre os fatos e a totalidade, o que permite decifrá-los e construir conhecimento crítico (KOSIK, 1976, p. 54 e p. 57). Aqui, nosso objetivo será sintetizar as aproximações acumuladas nesta exposição para, com elas, “decifrar” alguns aspectos do caso do Grupo Serpos.

Foi com esta intenção que iniciamos o capítulo com a descrição desta expressão fenomênica da violação deliberada da violação da legislação trabalhista nacional, à qual agora retomamos como exemplo ilustrativo de algumas aproximações a que, no decorrer do capítulo, podemos chegar.

O centro de nosso interesse em relação ao caso do Grupo Serpos está, em síntese, na materialidade fenomênica encontrada na análise documental das experiências acumuladas pelo departamento jurídico do grupo empresarial durante o ano de 2011. A leitura do documento *Relatório de Processos Trabalhistas*, anexo a esta pesquisa, serve-nos como apreensão sensível de um dos momentos de relações de violação do direito realmente existentes, cabendo à nossa investigação buscar revelar os fundamentos ocultos pela aparência fenomênica das relações sociais capitalistas.

De início, na análise do documento, podemos perceber que se trata de uma espécie de balanço contábil a partir do qual o calculista responsável – no caso, um advogado – relata ações estratégicas de redução de custos e formula orientações de gestão para o próximo período. O documento passa pela descrição de 16 casos de litígios individuais movidos por trabalhadores demitidos, sendo que apenas em um deles foi paga a indenização por demissão sem justa causa.

O documento descreve que, na maioria dos casos, as verbas rescisórias não foram pagas com base na estratégia de que, ficando “sem nenhum dinheiro”, o empregado fica “mais necessitado de um acordo para ter acesso imediato ao dinheiro, pois suas contas estão vencendo e ele sabe que um processo trabalhista pode demorar muito”. Peguemos um dos casos que transcrevemos no início do capítulo como exemplo: o do trabalhador Frederico dos Anjos, do município de Porangatu.

De acordo com o *Relatório de Processos Trabalhistas*, ao ser demitido, Frederico não recebeu as verbas rescisórias: “não pagamos nada na rescisão dele, justamente para forçar um acordo na audiência”. Em um litígio trabalhista movido por Frederico com base na violação da legislação trabalhista, foi realizada uma audiência com tentativa de conciliação. Frederico apresentou, inicialmente, a demanda no valor de R\$ 20.000,00. O acordo foi realizado, entretanto, no valor de R\$ 7.000,00. De acordo com o relatório, o trabalhador “[r]ecebeu apenas as verbas rescisórias, menos a multa do FGTS”.

A “multa do FGTS”, no caso, refere-se à indenização compensatória por demissão sem justa causa. Recorrendo à terminologia posneriana examinada da construção da teoria da violação eficiente do direito, o Grupo Serpos nada mais fez do que exercer *o cálculo de sua capacidade de cumprir* esta indenização, deliberando pela violação como estratégia de redução de custos. Não fazê-lo, talvez culminasse em *custos de oportunidade* que afetassem drasticamente a sua margem de lucros e a sua atividade produtiva.

Vejamos: em 2011, o capital social declarado do Grupo Serpos era de R\$ 470.000,00. De acordo com o relatório, “se somados apenas os valores das multas de 40% de FGTS que a empresa deixou de pagar nas ações acima relacionadas teremos uma economia aproximada de R\$ 8.320,00”. Podemos estimar com isso que a economia da empresa em violar sistematicamente o direito à indenização compensatória representou, em apenas um ano, em torno de 1,8% do capital social da empresa. Em uma década, uma projeção do acúmulo de proporções próximas a esta alcançaria a marca de quase 20%.

A indenização compensatória é, entretanto, apenas um dos direitos previstos na legislação trabalhista violados pelo Grupo Serpos. A empresa, sistematicamente, não pagava as verbas rescisórias como forma de pressionar os empregados demitidos a aceitarem acordos com valores rebaixados. O primeiro dado que interessa neste ponto é que, de acordo com estimativas de uma pesquisa sociológica, é uma margem de apenas 14 a 17% dos empregados que ingressa na Justiça do Trabalho com ações trabalhistas após a demissão (CARDOSO e LAGE, 2007). O segundo é que, de acordo com o relatório, o valor total pago pelo Grupo Serpos no ano de 2011 em litígios trabalhistas foi de R\$ 33.692,00 (“incluído o valor de todas as rescisões”), ou seja, 7,1% do capital social da empresa no mesmo ano.

Estes dados indicam que, ao menos para o Grupo Serpos no ano de 2011, a violação deliberada da legislação trabalhista e o cálculo de riscos envolvidos na litigiosidade trabalhista não são questões menores ao planejamento estratégico empresarial. Em termos de alocação social de recursos e eficiência econômica, o caso do Grupo Serpos parece representar uma autêntica espécie de “análise econômica da violação do direito”. Afinal, para Birmingham e Posner, quanto mais deliberada a violação, maiores chances tem o violador de gerar um valor excedente.

Além disso, devemos considerar a prática no sentido de um possível efeito cascata. Não podemos afirmá-lo com lastro empírico, mas é provável que, no todo, a redução de custos com verbas rescisórias tenha um impacto considerável nas margens de lucros e na competição de preços com unidades produtivas concorrentes. Estas, por sua vez, provavelmente sejam pressionadas a deliberar pela violação da legislação trabalhista de modo semelhante, fenômeno que tem sido representado pela expressão *dumping social* nas relações de trabalho (SOUTO MAIOR; MOREIRA e SEVERO, 2014).

Isso nos remete ao curioso fenômeno da movimentação de bilhões de reais na Justiça do Trabalho. Casos como o do Grupo Serpos talvez contribuam para explicar esta curiosidade.

O que mais nos interessa nesta perspectiva institucional do litígio é que, com estes dados, podemos visualizar que, inegavelmente, as relações de violação do direito movimentam volumosas quantidades de *dinheiro*, ou seja, de capital realizado sob uma forma específica.

A conversão do direito violado em uma quantidade de dinheiro transferível de um sujeito de direito a outro é uma das bases para explicarmos o fenômeno da violação do direito em geral. Aqui, o “trabalho humano mensurável pelo tempo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 177) como abstração que dá sentido jurídico à pena aparece, mais diretamente, como abstração que dá sentido jurídico também à violação da legislação trabalhista.

Outro aspecto que nos interessa no caso do Grupo Serpos é o conjunto de relações representado pela categoria violação do direito que, concretamente, podemos observar nos litígios individuais. Examinando o momento em que a empresa não realizou o pagamento da indenização compensatória a Frederico depois de demiti-lo, por exemplo, estamos diante de um fato de violação da legislação trabalhista.

No caso concreto, Frederico dos Anjos ajuizou uma ação trabalhista apresentando suas pretensões jurídicas correspondentes e, em audiência, realizou um acordo com o Grupo Serpos. Estamos agora não mais diante apenas da *lei* (para Pazello, direito em forma aparente), mas também de um *título executivo* (direito em forma ambígua: contrato, portanto, direito em forma próxima à essencial; mas ao mesmo tempo decisão judicial, portanto direito em forma próxima à aparente). No litígio, a organização estatal aparece na figura de fiador da promessa jurídica formalizada. Neste momento, o Grupo Serpos poderia realizar o pagamento do acordo voluntariamente ou, ainda, arriscar-se à possibilidade de execução forçada pela burocracia judiciária.

A partir das imagens formadas por esta narrativa, torna-se possível analisar de forma mais criteriosa a unidade, as generalidades e as particularidades presentes em casos de violação da legislação. Afinal, onde podemos encontrar o direito neste quadro formado por um conjunto de momentos sequenciais?

A resposta que parece mais acertada é que, neste caso específico, o fenômeno jurídico está presente em todos estes momentos, mas em distintos graus de implicação. Em um primeiro momento, cabe observar que a relação originária entre Frederico e o Grupo Serpos era uma relação de troca de força de trabalho por salário, a qual apenas se torna possível com a subjetivação das duas partes. Quer dizer, a relação de trabalho, antes de ser desfeita, apenas

existiu na medida em que as partes se relacionaram especificamente na qualidade de sujeitos de direito.

Com isso, na medida em que constitui o momento original da relação entre Frederico e o Grupo Serpos, estamos diante de uma hipótese particular, em que o fenômeno jurídico acaba condicionando todo o desenrolar da narrativa. Considerando que este condicionamento é bastante particular ao caso das relações de trabalho, cabe pontuar que a generalização desta análise se torna relativamente limitada, motivo pelo qual reforçamos a necessidade do prosseguimento do estudo de outros tipos de relações de violação do direito em outras oportunidades.

O segundo momento é aquele no qual aparece o fenômeno da violação como *fato*. O Grupo Serpos violou um direito formalizado na legislação trabalhista brasileira. Portanto, violou não o direito em si, mas a lei. Observa-se, com isso, que Frederico não está implicado diretamente neste momento. A relação da violação da legislação constitui-se como uma relação entre o fato praticado pelo Grupo Serpos e o “direito morto” que resulta da ação legislativa da organização estatal.

De fato, seria bastante provável que Frederico sequer tivesse conhecimento deste “direito”, ou que não tivesse disposição de participar de um processo judicial, ou que a pretensão prescrevesse, ou que por qualquer outro motivo não ajuizasse a ação trabalhista e não materializasse a pretensão jurídica correspondente por qualquer outra via. Afinal, como vimos, estima-se que menos de 20% dos empregados ingressam na Justiça do Trabalho com ações trabalhistas após a demissão (CARDOSO e LAGE, 2007).

Neste sentido, o momento da violação da legislação acaba apresentando uma gama de questões relevantes a serem levantadas. Por exemplo: por que o Grupo Serpos descumpriu a legislação? Qual o posicionamento ideológico da classe burguesa em relação à legislação trabalhista? De que modo ocorrem alterações nesta legislação? Quais as consequências desta violação em termos de economia política, considerando os processos de valorização e acumulação?

Não trataremos, evidentemente, destas questões, levantando-as apenas para indicar possíveis estudos a serem realizados com maior verticalidade a partir do exemplo trabalhado. Paralelamente a uma sociologia da legislação, sugerida por Pazello na análise da obra

marxiana,¹¹⁴ talvez assim também se possa falar em uma sociologia, uma ciência política e uma economia política da violação da legislação.

O terceiro momento é o momento do processo judicial trabalhista (para Pazello, direito em forma aparente no sentido 2). Semelhantemente ao processo penal – que Pachukanis caracteriza como “indissociável da forma mais geral do contrato” (PACHUKANIS, 2017a, p. 174) –, a jurisdição trabalhista se realiza como uma negociação arbitrada pelo órgão jurisdicional. Vítima e ofensor se confrontam no litígio como parte autora e parte ré, ou seja, como sujeitos de direito.

A organização estatal aqui substitui a energia pessoal das partes. Mesmo se o caso analisado fosse de violência pessoal direta praticada pelo empregador – assédio moral ou sexual, por exemplo –, o empregado provavelmente não compareceria à audiência para se vingar com o uso da força física dos fatos que o ofenderam, mas sim para apresentar a pretensão de uma reparação equivalente.

O processo é o momento no qual o empregado busca no terreno do Estado a instauração de *relações decorrentes da violação*. Quanto a isso, Pachukanis caracteriza esta indissociabilidade do processo da forma contratual como a representação de “um momento irracional, mistificador e absurdo” – e arremata – “é justamente esse o momento especificamente jurídico” (PACHUKANIS, 2017a, p. 175).

O quarto momento da narrativa é o da formação do acordo judicial como um título executivo que, tal qual uma nota promissória, Frederico pode cobrar do Grupo Serpos. Aqui estamos diante de uma relação jurídica peculiar. Aproxima-se da forma jurídica essencial na medida em que se trata da formalização de uma possível relação de troca entre sujeitos de direito. Por outro lado, a troca seria parcial, já que a entrega da mercadoria de Frederico (a força de trabalho) se esgotou anteriormente à formação da sentença – ainda que a um preço menor do que o estabelecido em lei, e daí a possibilidade de ação judicial.

O Grupo Serpos, por sua vez, assume a promessa jurídica de entregar a Frederico determinada quantidade de dinheiro, tratando-se de relação contratual relativamente involuntária. A equivalência e a igualdade, portanto, estão presentes de forma mediada pela

¹¹⁴ “[...] A partir destas indicações, queremos sugerir que Marx desenvolve os sentidos 2 e 3 de direito em sua obra, aportando em uma sociologia da legislação” (PAZELLO, 2014, p. 161).

correlação de múltiplas forças condensada no litígio, o que impede a simples subsunção desta relação à forma essencial do direito. Neste sentido, Pachukanis faz alusão à definição aristotélica de “contrato concluído contra a vontade”¹¹⁵ e, em outro momento, à noção de relação contratual estabelecida “depois de uma ação arbitrária de uma das partes”¹¹⁶. De nossa parte, retomando uma expressão já trabalhada no item anterior, este momento pode ser caracterizado como *o momento genético da relação contratual decorrente*. Estas relações, por sua vez, exemplificando a realização da forma geral da violação do direito, são relações que “opera[m] em uma relação com a forma da troca de equivalentes baseada no valor”.¹¹⁷

O quinto momento se divide em dois cenários, sobre os quais o relatório não apresenta informações detalhadas. No primeiro, imaginemos que o Grupo Serpos tenha pago voluntariamente o valor assumido no acordo judicial. Trata-se do momento que mais se aproxima da *forma jurídica essencial*, já que aqui se observa a efetiva circulação da mercadoria dinheiro entre dois sujeitos de direito (da empresa para o trabalhador). Com isso, o Grupo Serpos quita o contrato. Está livre, parafraseando Pachukanis, para contratar novos empregados e cometer novas infrações trabalhistas.¹¹⁸

Neste sentido, trata-se de momento que remete à narrativa das duas sentenças relatadas em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* a que fizemos referência acima. Não há nada a fazer em relação ao “reincidente contumaz” senão lhe conceder “a chance de pagar em sua própria moeda” (PACHUKANIS, 2017a, p. 179). No caso da legislação trabalhista, ocorre o mesmo, com a diferença de que o empregador não precisa terminar de cumprir uma pena de restrição de liberdade para voltar a violar. Aliás, ao menos para o Grupo Serpos, a violação deliberada da legislação seguida da realização de acordos judiciais trabalhistas parece ter se mostrado

¹¹⁵ “Por isso, Aristóteles, ao falar da igualação na troca como um tipo de justiça, distingue-se em dois subtipos: igualação em ações voluntárias e igualação em ações involuntárias, sendo que nas ações voluntárias ele se refere às relações econômicas, como compra e venda, empréstimo etc., e na segunda, os diferentes tipos de delito que implicam uma pena equivalente. Pertence-lhe, ainda, a definição de delito como contrato concluído contra a vontade.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 168-169).

¹¹⁶ “O delito pode ser considerado uma variante particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, contratual é estabelecida *post factum*, ou seja, depois de uma ação arbitrária de uma das partes” (PACHUKANIS, 2017, p. 167).

¹¹⁷ Referência a trecho de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* citado no item anterior: “[a] vingança como um fenômeno puramente biológico se torna uma instituição jurídica na medida em que opera em uma relação com a forma da troca de equivalentes baseada no valor” (PACHUKANIS, 2017a, p. 169).

¹¹⁸ No original, “[o] infrator que cumpre a sua pena retorna à posição inicial, ou seja, à existência individualista da sociedade, à ‘liberdade’ de contrair obrigações e cometer delitos” (PACHUKANIS, 2017a, p. 182-183).

como a estratégia mais vantajosa para a organização empresarial, o que poderíamos indicar com a noção de *uso eficiente da Justiça do Trabalho*.¹¹⁹

Imaginemos agora que o Grupo Serpos não tenha pago voluntariamente o valor assumido no acordo judicial. Neste caso, na qualidade de sujeito de direito desprovido de tangibilidade material, Frederico depende da atuação coercitiva da burocracia judiciária para, nos marcos do funcionamento da “ordem jurídica”, efetivar a pretensão e obter a prestação correspondente. Neste caso, podemos observar que relações de violação do direito podem se sobrepor entre si: primeiro como *violação da legislação* e, depois, como *violação da relação contratual decorrente*. O Estado, por sua vez, aparece como fiador desta segunda relação, posição que assume em relação a qualquer contrato como garantidor abstrato da circulação de mercadorias entre proprietários livres e independentes.

Observamos com isso que a lógica da violação da legislação trabalhista apenas se fecha com a presença unitária e absurda da forma do direito. Violar a “norma trabalhista” ou o “direito social” na verdade é, contraintuitivamente, dar-lhe vida jurídica. A indenização pela demissão sem justa causa que repousa no texto legal é “direito morto” que ao ser violado, potencialmente, torna-se relação de troca entre sujeitos de direito. O caráter jurídico do fenômeno da violação do direito apenas aparece após o acontecimento do fato da violação e em um desenrolar complexo de momentos distintos que, ao final, apresenta-se de modo unitário. Conforme observado no caso hipotético aqui analisado, entre o *fato da violação* e a realização da *relação contratual decorrente*, realiza-se um tipo específico de juridicidade.

É necessário perceber ainda que o *Relatório de Processos Trabalhista* apenas pôde chegar ao nosso conhecimento, aqui como objeto de pesquisa, e ao conhecimento do Estado, como conduta reprovável pela atuação do Ministério Público do Trabalho, por circunstâncias que podem ser consideradas anormais. Podemos supor que o mais comum é que, em diversas outras unidades produtivas, análises do mesmo tipo existam silenciosamente no lado obscuro – para uma vertente da sociologia organizacional estadunidense, *dark side* (VAUGHAN, 1999) – de suas configurações. Não há nenhuma força, ao menos nenhuma decorrente da lógica essencial da relação jurídica, capaz de impedir que análises e cálculos deste tipo sejam

¹¹⁹ Para uma análise crítica da prática de realização de acordos em litígios trabalhistas, ver Hirano (2011). Sobre a expressão *uso eficiente da Justiça do Trabalho*, tratamos do tema pela primeira vez em Uchimura (2016b).

realizados por indivíduos e organizações – mesmo novamente pelo próprio Grupo Serpos, por exemplo, depois de encerrada a sua persecução judicial pelo Ministério Público do Trabalho.

Ironicamente, aliás, a ação civil pública na qual o Grupo Serpos foi processado teve seu desfecho justamente com um acordo judicial, ou seja, com a celebração de mais um contrato. Isso faz lembrar a já citada passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*: “o Estado estabelece sua relação com o infrator no quadro leal de um negócio comercial” (PACHUKANIS, 2017, p. 179). De fato, não se poderia esperar muito mais do Ministério Público do Trabalho do que a exigência de uma reparação pelos danos sociais causados, ou seja, a realização da equivalência como forma de liberação pelas violações da legislação trabalhista.

A violação do direito revela-se, no caso da Ação Civil Pública do Grupo Serpos, como um fenômeno cuja consequência primordial é a abertura da possibilidade do estabelecimento, pela força do Estado (fiador), de uma relação jurídica com o próprio Estado (sujeito). Aqui, o aparecimento de um novo nível de complexidade: esta *relação jurídica decorrente*, por sua vez, também pode ser violada. Basta imaginarmos, no caso em questão, que o Grupo Serpos decidisse não cumprir o acordo realizado com o Ministério Público do Trabalho. Ou que, mesmo condenado em sentença (uma outra forma também baseada no modelo contratual), se recusasse sistematicamente a efetuar o pagamento voluntário da condenação. Assim, desde a violação da legislação que desencadeia a atuação do Estado sob a lógica jurídica, sucessivas quebras de contrato poderiam se sobrepor em camadas fenomênicas distintas.

Em grande medida, as relações de violação do direito abordadas a partir do exame do caso do Grupo Serpos demonstram que os elementos iniciais desenvolvidos no capítulo sétimo de *Teoria Geral do Direito e Marxismo* podem ser mobilizados de forma bastante promissora para a realização da crítica da violação do direito em geral também na investigação de fatos da atualidade. Daremos continuidade à sistematização destes elementos no próximo item.

3.3.3 Os conjuntos de relações de violação do direito

Até agora, como síntese provisória, chegamos à aproximação da categoria violação do direito como representação de uma forma contratual particular (*variante particular de circulação*) abrangendo unitariamente um fato (*ação arbitrária de uma das partes*) e uma relação decorrente (*relação de troca-contratual estabelecida após o fato*). Também sugerimos, no item anterior, que a categoria violação do direito, assim formulada, permite reunirmos pelo menos

três grandes conjuntos de relações sociais que assumem esta forma geral: (i) violações de contratos, (ii) violações de normas legais e (iii) violações de direitos subjetivos.

Seria impossível, evidentemente, dizer que este quadro nos permite esgotar a investigação da violação do direito. Trata-se de uma formulação inicial a que chegamos a partir do exame das manifestações fenomênicas da violação do direito com que nos deparamos ao longo do processo de pesquisa, não significando que esta enumeração não possa, sobretudo com avanços coletivos em sua confrontação com o real, ser refutada, ampliada ou revista.

As *violações de contratos*, em primeiro lugar, correspondem à própria forma da violação do direito em essência. Esta forma pode ser visualizada em um caso a que já recorreremos algumas vezes no decorrer da exposição: “A” celebra um contrato com “B”, assumindo a obrigação contratual de lhe entregar cem sacas de café, mas não efetiva a entrega no prazo determinado. É em torno da análise de violações como esta que, no campo da AED, desenvolveu-se a teoria da violação eficiente do contrato, à qual retomaremos nossas atenções no momento seguinte desta exposição.

As *violações de normas legais*, por sua vez, abrangem uma complexidade na implicação com outros conjuntos de relações sociais – ou seja, na subsunção à totalidade do modo de produção capitalista – que exige maiores mediações. Pachukanis, por exemplo, ao examinar o sistema de direito penal burguês aponta ao mesmo tempo para particularidades do delito (violação da legislação penal) e para generalidades da violação do direito em geral. Podemos apontar a necessidade, diante disto, de exames semelhantes dos diversos sistemas formados pela regulação estatal dada na forma legal (comercial, civil, consumerista, administrativa, tributária, fundiária, urbanística, socioambiental e assim por diante). De nossa parte, sendo inviável exaurir todo este conjunto nesta pesquisa, delimitamos nossa proposta em uma aproximação mais detalhada ao caso específico da violação da legislação trabalhista com a abordagem do caso do Grupo Serpos.

O que apresentamos como *violações de direitos subjetivos*, por último, provavelmente constitui a proposta de nomenclatura que merece maiores explicações. Neste esforço de sistematização, acabamos nos deparando com a dificuldade de representar – sem cair no fetichismo naturalista da titularização abstrata de direitos universais, nem no fetichismo normativista de encontrar a origem do direito nas leis – responder a seguinte pergunta: em que

medida uma ação praticada por “A” que causa danos a “B” constitui uma relação de violação do direito?

Este tipo de situação, como vimos, é analisado por Pachukanis desde a sua existência em períodos historicamente remotos, em que a violência desencadeia uma continuidade sucessiva de atos de vingança, passando pelo desenvolvimento embrionário da conexão entre dano e reparação, até encontrar a forma jurídica na realização da forma da troca intersubjetiva de equivalentes com o desenvolvimento do capitalismo.

Em relação à formação histórica do sistema penal capitalista, Pachukanis chega, a partir disso, à síntese de que “o Estado estabelece sua relação com o infrator no quadro leal de um negócio comercial” (PACHUKANIS, 2017a, p. 179). Resta compreender, para além disto, de que modo a relação entre “A” e “B” se realiza nos casos em que – independentemente de haver ou não a violação da legislação penal – uma ação arbitrária de uma parte causa danos à outra.

A doutrina do direito civil, como vimos, representa esta situação com a noção de *responsabilidade civil extracontratual*. Basta retomarmos, para ilustrar as situações a que estamos nos referindo, o caso construído por Coase em que o gado de um proprietário destrói a plantação de seu vizinho. No mesmo sentido, mais concretamente, o caso do modelo *Ford Pinto* e o caso da ruptura da barragem de Fundão na Bacia do Rio Doce em 2015 – algumas das outras imagens a que recorreremos no decorrer da exposição – também são explicadas pela dogmática jurídica com a mesma noção de *responsabilidade civil extracontratual*.

Aparentemente, para os juristas em geral, a forma civilizada de resolução destes conflitos – vale dizer, instaurados também pela “ação arbitrária de uma das partes” (Pachukanis) – é o pagamento de uma reparação equivalente. Caso a pretensão seja resistida pela parte ofensora, o litígio aparece como a forma pública em que, desprovidas de tangibilidade material, as partes se encontram como sujeitos de direito para transacionar, sob a arbitragem de uma força impessoal, suas pretensões. Não à toa, o desfecho do processo se dá com o “trânsito em julgado” – em outras palavras, como o próprio conceito parece sugerir, com o encerramento das operações transacionais no âmbito do litígio. Também no processo civil, e aqui de modo mais nítido com a presença da vítima de modo mais direto, o litígio assume a forma contratual encontrada por Pachukanis no processo penal.

No âmbito da investigação antropológica, poderíamos até mesmo questionar o que explica que famílias vitimadas pelas ações arbitrárias da *Ford Motor Company* ou das

empresas mineradoras da região do Rio Doce tenham buscado “seus direitos” em acordos ou ações judiciais, e não se vingado diretamente das empresas “com as próprias mãos”. Mesmo não sendo nosso propósito avançar neste tipo de explicação, a questão é interessante para nosso exercício de estranhamento da forma da violação do direito.

Afinal, em que medida as sucessivas vinganças entre as famílias Oliveira e Suassuna são realmente mais exóticas do que a *Ford Motor Company* calcular em exatos duzentos mil dólares a medida equivalente pelas mortes em acidentes envolvendo o modelo *Ford Pinto*? No mesmo sentido, recorrendo à narrativa mítica, quão mais estranha realmente é a condenação de Tântalo a um suplício eterno diante do fato de que, hoje, tendo quitado monetariamente as dívidas decorrentes dos acidentes, a mesma *Ford Motor Company* permanece livremente figurando entre as maiores indústrias automobilísticas do mundo?

Este estranhamento da exótica sociabilidade capitalista e o impulso de tentar explicá-la nos leva à necessidade de conectar o particular com o geral. A partir do que acumulamos até aqui, não é difícil perceber que situações como estas – que o caso do modelo *Ford Pinto* exemplifica – se realizam sob a forma geral da violação do direito (*variante particular de circulação*), abrangendo unitariamente um fato (*ação arbitrária de uma das partes*) e uma relação decorrente (*relação de troca-contratual estabelecida após o fato*).

Por outro lado, a dificuldade com que nos deparamos pode ser resumida na seguinte questão: exatamente qual direito, neste tipo de situação, está sendo violado? Se formos coerentes com a proposta pachukaniana, devemos lembrar que a mera declaração deste direito na forma legal ou constitucional não passa, no limite, de sintoma ou projeto de relações sociais futuras.

Também se torna difícil, sendo materialistas-históricos, admitirmos que exista um “direito à vida” titularizado naturalmente pelo simples fato de se nascer humano. Neste caso, porém, é necessário perceber que a subsunção real do trabalho ao capital imprime condições históricas específicas à sociabilidade capitalista. A partir do capitalismo industrial, o nascimento de um ser humano passa a ser, como resultado do desenvolvimento das forças produtivas e da tendência predatória da expansão do capital, o nascimento de um sujeito de

direito “como titular e destinatário de todas as pretensões possíveis” (PACHUKANIS, 2017a, p. 109).¹²⁰

Em *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Pachukanis – novamente em debate com Razumovski – apresenta uma reflexão sobre a propriedade privada que, analogamente, pode nos auxiliar nesta aproximação:

[...] afirmo apenas que a propriedade se torna livre disposição no mercado, e a livre expressão mais geral dessa liberdade é desempenhada pela categoria de sujeito. O que significa, por exemplo, a propriedade jurídica da terra? “A própria ideia jurídica significa apenas”, escreve Marx, “que o proprietário fundiário pode proceder com a terra tal como o proprietário de mercadorias o faz em relação a estas últimas”. Por outro lado, é o capitalismo que transforma a posse da terra de feudal em propriedade fundiária moderna, justamente ele que, por sua vez, “libera por completo a propriedade fundiária das relações de dominação e servidão” (*Herrschaft und Knechtschaft Verhältnisse*). (PACHUKANIS, 2017a, p. 118).¹²¹

Mais adiante, Pachukanis complementa:

A propriedade capitalista é, em sua essência, a liberdade de transformar o capital de uma forma em outra e de transferi-lo de uma esfera para outra com o objetivo de obter o máximo lucro fácil. Essa liberdade de dispor da propriedade capitalista é impensável sem a presença de indivíduos desprovidos de propriedade, ou seja, de proletários. A forma jurídica da propriedade não está de modo nenhum em contradição com a expropriação de um grande número de cidadãos. Isso porque a capacidade de ser sujeito de direito é uma capacidade puramente formal. Ela qualifica todas as pessoas como igualmente “dignas” de ser proprietárias, mas por nenhum meio faz delas proprietárias. (PACHUKANIS, 2017a, p. 132-133).

Assim como no caso da dimensão jurídica da propriedade, o sujeito de direito – que se separa das coisas e é capaz de trocá-las como mercadorias – é fundamental para a

¹²⁰ Também podemos resgatar, neste sentido, a seguinte passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*: “Para isso, foi preciso que os atos de troca isolados ocasionais formassem uma cadeia de circulação ampla e sistemática de mercadorias. Nesse estágio de desenvolvimento, o valor se distingue dos preços ocasionais, perde sua característica de fenômeno psíquico individual e adquire significação econômica. [...] Aqui, a capacidade de ser um sujeito de direito finalmente se destaca da personalidade concreta viva, deixa de ser uma função de sua vontade consciente ativa e se torna pura propriedade social. A capacidade de agir é abstraída de sua capacidade jurídica. O sujeito de direito recebe um duplo de si na forma de um representante, que adquire um significado de ponto matemático, de um centro no qual se concentra certa quantidade de direitos.” (PACHUKANIS, 2017a, p. 122).

¹²¹ Na edição consultada, as citações têm por referência o *Livro III d’O capital* (MARX, 2017b).

compreensão da dimensão jurídica que adquire a relação entre dano e reparação. No limite, parafraseando Marx, poderíamos dizer que a ideia jurídica expressa na noção de direitos subjetivos significa que o ser humano pode proceder com estes “tal como o proprietário de mercadorias o faz em relação a estas últimas”.

O limite da abstração da tutela jurídica, por sua vez, é que ela chega apenas – como aponta coerentemente a jurisprudência estadunidense contratual – “até onde o dinheiro pode fazê-lo” (*Robinson v. Harmon*). A relação jurídica decorrente, neste caso, apresenta-se como a mediação jurídica que, como último recurso, converte a pretensão da vítima em uma quantidade equivalente de dinheiro.

Aliás, é esta possibilidade de converter as mais diversas dimensões da vida humana em dinheiro que, no fundo, sustenta a assim chamada responsabilidade civil extracontratual. É a centralidade do ato de pagamento de uma medida monetária proporcional o momento que dá sentido jurídico à relação entre dano e reparação. Basta eliminarmos este momento para que toda a construção doutrinária da responsabilidade civil extracontratual perca o seu sentido unitário.

Com a subsunção real das relações sociais ao capitalismo, uma ação de violência contra o corpo passa a ser também uma violação do direito à integridade física; uma ação que causa prejuízos à saúde, uma violação do direito à saúde; uma ação que causa prejuízos patrimoniais, uma violação do direito à propriedade; uma ação que resulta na morte de alguém, uma violação do direito à vida. Aqui se torna mais nítido como, no capitalismo, o recurso de um corpo para exercer sua força (*vis*) pode se expressar, ao mesmo tempo, fisicamente como violência e abstratamente como violação do direito. Estas abstrações, por sua vez, não são resultado das declarações de direitos na forma legal, apesar de nelas eventualmente poderem ser encontradas. O que dá existência real a estes direitos e os torna passíveis de serem violados são as forças reais do complexo de relações sociais que movimenta o modo de produção capitalista.

Chegamos, com isso, à compreensão de que, nesta complexidade histórica e dinâmica, os direitos subjetivos correspondem às dimensões da vida que, abstratamente opostas ao sujeito de direito, pertencem-lhe como coisas conversíveis e intercambiáveis. Quando afetadas ou perturbadas pela ação arbitrária de outro sujeito de direito, estas dimensões dão sustentação para que a vítima titularize a pretensão jurídica a uma reparação equivalente e, com isso, possivelmente se forme uma relação jurídica decorrente.

Voltando nossa atenção agora ao quadro formado pelos três grupos de violações do direito como um todo, é importante observar que uma mesma e única ação arbitrária pode enquadrar-se simultaneamente nestas três ordens de relações. Não há uma separação absoluta entre elas. No contexto nacional, um exemplo seriam as práticas de submissão de trabalhadores empregados à escravidão em que a parte ofensora, ao não pagar os salários pactuados, viola simultaneamente: (i) o contrato de trabalho, (ii) a legislação que criminaliza estas práticas e (iii) os direitos subjetivos à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, à honra etc.

Neste caso, as possíveis relações decorrentes da mesma ação arbitrária seriam de ordens diversas. Ilustrativamente, poderíamos imaginar algumas delas: pretensão do trabalhador aos salários não pagos (relações de violação contratual), pretensão de órgãos estatais à aplicação das penalidades cominadas ao uso de trabalho escravo (relações de violação da legislação) e pretensão do trabalhador a uma indenização equivalente aos danos percebidos (relações de violação de direitos subjetivos). Queremos dizer, a partir deste exemplo, que a formulação de nosso quadro é mais voltada a explicar os conjuntos formados pelas relações de violações do direito – como expressões da “variante particular de circulação” – do que simplesmente a classificar as ações arbitrárias de modo isolado do complexo destas relações.

A partir desta síntese, podemos enfim retomar a atenção para as perspectivas da AED de que tratamos em nosso segundo capítulo. Examinaremos, na sequência, como a crítica à teoria da violação eficiente do direito, apesar de centrada em um conceito produzido em debates mais voltados à primeira das três formas de nosso quadro, pode contribuir para a nossa aproximação dos fundamentos da forma geral da violação do direito. O objetivo do próximo item, com isso, será verificar em que medida a crítica à construção desta “teoria” nos permite trazer o debate acumulado a partir de Pachukanis para o exame de representações burguesas mais recentes do fenômeno da violação do direito e, com isso, nos impulsiona a mirar a sua concretização teórica na dinâmica histórica do modo de produção capitalista.

3.3.4 Entre o arbítrio e o cálculo

“Direito e arbítrio – conceitos que poderiam parecer opostos – estão, na verdade, estreitamente ligados” (PACHUKANIS, 2017a, p. 139). Esta é uma das lições escondidas (ou

encontradas) em *Teoria Geral do Direito e Marxismo* que, aqui, com a aproximação da generalidade da violação do direito, merece ser discutida em alguns aspectos.

Comparemos, primeiramente, a imagem formada pela narrativa mítica do suplício de Tântalo e a imagem formada pela violação do direito à indenização compensatória por demissão sem justa causa examinada no estudo do caso do Grupo Serpos. O contraste entre as duas imagens resulta em um aparente paradoxo: no capitalismo, a violação do direito aparece como forma mais previsível do que a criativa punição imposta a Tântalo pelos deuses, mas ao mesmo tempo não deixa de ser, em outros sentidos, uma forma analogamente arbitrária.

No limiar entre o exótico e o familiar, podemos considerar que a violação da legislação trabalhista – representada pelo documento *Relatório de Processos Trabalhistas* – é o “familiar [que] nunca deixa de ser exótico” a que se refere a inspiração antropológica que guia nossa exposição (DAMATTA, 1978, p. 6). O estranhamento dos cálculos realizados pelo departamento jurídico da empresa talvez represente, neste sentido, o espanto com a arbitrariedade que a própria forma geral da violação do direito viabiliza às unidades produtivas na dinâmica concorrencial das relações de produção capitalista. Trata-se de um estranhamento, portanto, do próprio capital em uma das dimensões de sua realização como “única e mesma realidade total e concreta” (PACHUKANIS, 2017a, p. 81).

Em nosso percurso, na tenuidade das transformações do familiar em exótico (capítulo 1) e do exótico em familiar (capítulo 2), pudemos progressivamente afastar a estabilidade como noção aparentemente característica do fenômeno jurídico. Por sua vez, o caso do Grupo Serpos nos proporcionou, nesta etapa final de nossa exposição, um exemplo de concretização da arbitrariedade que a forma da violação do direito viabiliza.

Podemos dizer, em primeiro lugar, que não é apenas o ato de troca em si a base do desenvolvimento histórico da forma jurídica, mas, entre outras coisas, também a mobilidade dos produtos do trabalho humano subsumidos às relações capitalistas de produção. O processo de valorização do capital rejeita, neste sentido, qualquer tipo de estabilidade que possa interromper a livre circulação de mercadorias.

Vejamos em que medida o caso do Grupo Serpos ilustra estas aproximações. Poderíamos imaginar que, em vez de orientar a empresa a violar a legislação trabalhista no período seguinte ao ano de 2011, o departamento jurídico apresentasse um plano pelo qual, a cada mês, fossem reservados 40% do depósito de FGTS de cada trabalhador como uma espécie de fundo de reserva para o pagamento das indenizações decorrentes de demissões sem

justa causa. Ao menos de acordo com nossa análise do *Relatório de Processos Trabalhistas*, não foi o que ocorreu. Talvez porque, ao elaborar o documento, o advogado responsável assumisse que, considerando a implacável concorrência entre as unidades de produção, imobilizar esta quantidade de capital não fosse prudente à própria sobrevivência da empresa.

O que o exame da teoria da violação eficiente do direito pode nos “ensinar” neste sentido é que *custos de oportunidade* são custos a serem evitados nas relações jurídicas. Na formulação de Posner, o custo de oportunidade é aquele em que a violação da promessa contratual aparece como situação mais vantajosa, tratando-se para o estadunidense de um custo social, na medida em que cumprir o contrato diminuiria a soma de ganhos sociais e resultaria em ineficiência econômica.

Na medida em que a violação do direito, em sua generalidade, assume a forma contratual como uma variante particular de circulação, podemos aqui avançar e explorar o “ensinamento” da AED na investigação da forma geral da violação do direito. Queremos com isso dizer que, se a violação da promessa contratual aparece como um custo de oportunidade às unidades produtivas, os resultados de nossa investigação apontam que o mesmo ocorre com a violação da legislação e com a violação de direitos subjetivos.

No que se refere às *relações de violação da legislação*, o caso do Grupo Serpos é bastante representativo desta hipótese. Retomemos, por um instante, o exemplo do contrato de compra e venda das cem sacas de café: “A” se compromete a entregar este conjunto de mercadorias para “B”, mas acaba violando sua promessa diante do aparecimento de uma oferta mais vantajosa no mercado. Se compararmos a situação da empresa goiana com este exemplo, podemos perceber que estamos diante de cenários análogos.

Diante da regulamentação legal da indenização por demissão sem justa causa, no fundo o Grupo Serpos está diante de um típico *trade-off* contratual holmesiano, podendo escolher estrategicamente entre as opções de cumprir ou violar. Se neste caso a opção de cumprir a legislação trabalhista implica reservar uma quantidade de dinheiro para garantir os pagamentos aos trabalhadores demitidos nos prazos legais, então se trata de uma opção que provavelmente implicaria um custo de oportunidade em face das múltiplas possibilidades de investimento deste capital. Ou seja, imobilizá-lo teria um custo diante das possibilidades de investi-lo e mobilizá-lo em processos nos quais se projeta a sua valorização.

A partir do critério da maximização da eficiência econômica, portanto, é bem provável que Posner subscrevesse o *Relatório de Processos Trabalhistas*. Seriam grandes as chances

de que, diante da experiência do ano de 2011 descrita no documento, não violar a legislação aparecesse para o estadunidense como um custo de oportunidade com efeitos danosos e até mesmo egoístas na somatória final da alocação social de recursos. O departamento jurídico do Grupo Serpos, por sua vez, parece ter dado um bom exemplo de trabalho técnico realizado pelo advogado na qualidade de “engenheiro de custos de transação”, para utilizar as palavras citadas de outro expoente do campo da AED.

Já no que se refere às *relações de violação de direitos subjetivos* – que nos remetem, como exemplo, aos riscos de acidentes envolvidos nas atividades de mineração –, a aplicabilidade da noção de custos de oportunidade aparece de modo mais imediato. Basta retomarmos a concepção de Coase e Posner sobre a *responsabilidade civil extracontratual*: sobre situações deste tipo, para os estadunidenses, o procedimento para encontrar o ponto ótimo de alocação de recursos consiste em imaginar um contrato hipotético entre vítima e ofensor.

O artigo de Coase, aliás, é bastante direto em relação à conexão entre as relações de produção e as relações de violação de direitos subjetivos. Se observarmos novamente a conclusão de *The Problem of Social Cost*, veremos que a possibilidade de causar danos é concebida pelo autor ao mesmo tempo como um direito e um fator de produção: “o direito subjetivo de fazer algo com efeitos prejudiciais (como emitir fumaça, barulho, odores etc.) também é um fator de produção” (COASE, 1960, p. 44).

De modo geral, com isso podemos dizer que a realização da forma da violação do direito – em cada uma de suas três expressões particulares – ressalta a arbitrariedade que o fenômeno jurídico, ao mesmo tempo, sugere e oculta. Quanto a isso, é curioso notar que a crítica de Pachukanis e a sinceridade dos expoentes da AED, apesar de constituírem perspectivas antagônicas, apresentam formulações parcialmente convergentes. Pachukanis afirma seu ponto de vista observando que “um direito absolutamente estável, em geral, não existe na natureza” (PACHUKANIS, 2017a, p. 100). Mais adiante, coloca a questão de modo mais nítido na seguinte passagem de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*:

A relação jurídica não pressupõe por sua própria “natureza” um estado de paz, assim como o comércio, a princípio, não exclui o assalto à mão armada, mas anda de mãos dadas com ele. Direito e arbítrio – conceitos que poderiam parecer opostos – estão, na verdade, estreitamente ligados. Isso é válido não apenas para o antigo direito romano, mas também para épocas mais recentes. [...] Marx elaborou de modo ainda mais preciso: “o direito do

mais forte também é um direito”. Não há nada de paradoxal nisso, pois o direito, assim como a troca, é um meio de ligação entre elementos dissociados. (PACHUKANIS, 2017a, p. 139).

Birmingham, por sua vez, propõe a periodização da doutrina contratual estadunidense em três fases. A fase mais avançada, na argumentação do autor, seria a baseada na regulação eficiente, em oposição ao ultrapassado debate sobre a *estabilidade como um dos objetivos do contrato*. Como vimos, a proposta da teoria da violação eficiente do direito consiste em substituir a estabilidade pela “eficiência” como expressão da “renúncia da autonomia individual e reversão ao estado de ênfase nas formas sociais” (BIRMINGHAM, 1970, p. 284).

Posner, de modo ainda mais nítido, apresenta uma formulação que vale à pena ser mais uma vez reproduzida: “não faz parte da política do direito [*policy of the law*] compelir a aderência aos contratos, mas apenas exigir que a parte escolha entre agir de acordo com o contrato ou compensar a outra parte pelos danos resultantes de não fazê-lo” (POSNER, 1986, p. 106).

Neste sentido, a ênfase na “mobilidade dos produtos” (Birmingham) nos permite verificar que as relações de violação do direito não significam a negação do direito, mas, ao revés, a sua afirmação. São as relações intersubjetivas de troca decorrentes de fatos de violação, muito mais do que o direito em sua forma legal – direito morto (Kashiura) e forma aparente (Pazello) – que dão vida à essência da forma jurídica.

Isso significa que colocar um preço na vida humana – como expressa o caso do modelo *Ford Pinto* e tantos outros semelhantes – não é negar o direito à vida, mas contraintuitivamente afirmá-lo e imprimir-lhe movimento real. O encontro entre vítima e ofensor como sujeitos de direito e o pagamento pela empresa de uma indenização decorrente da violação sob a forma contratual corresponde, no caso concreto, à realização do fenômeno jurídico. A mediação jurídica revela-se, no fundo, como forma de mercantilização da vida não apenas na conversão da força de trabalho em mercadoria, mas também nas mais diversas dimensões em que o fetichismo da subjetividade jurídica consegue chegar.

Por sua vez, a noção de “cálculo de capacidade de cumprir” (Posner) nos permite afastar a noção de sanção como o elemento lógico da norma voltado a garantir a sua observância. Pelo contrário, afirmando novamente a dimensão adeontológica do fenômeno jurídico, podemos dizer que, quando uma norma jurídica delimita uma sanção, esta delimitação constitui justamente o elemento que confere certa previsibilidade quantitativa à

violação do direito, elevando as possibilidades de elegibilidade, cálculo e deliberação entre cumprimento e violação.

No contexto da competição capitalista entre as unidades produtivas, este cálculo acaba se tornando “cálculo de vidas”, para usar a famosa expressão de Friedrich Hayek lembradas na crítica latino-americana de Hinkelammert (1988, p. 222). Sob a forma da subjetividade jurídica, o que resulta da força (*vis*) que causa danos é a exigibilidade de uma reparação equivalente. A violência contra a vida torna-se violação do direito à vida, a violência contra a saúde torna-se violação do direito de saúde, e assim por diante. Por sua vez, a equivalência como base mediadora permite que a violabilidade destes direitos seja calculada pela parte ofensora – o que se expressa, não por mero acaso, em um artigo incentivando (“*let’s never blame*”) a deliberação de violações contratuais apresentado por Posner precisamente em um momento de crise global do processo de acumulação capitalista (POSNER, 2009).

Por mais que o campo da AED seja para nós este exótico não familiarizável, é de se reconhecer que formulações como estas apresentam pelo menos mais coerência com a dinâmica das relações de produção capitalistas do que outras concepções mais bem intencionadas sobre o direito. Neste contexto, porém, o campo da AED acaba incorrendo em uma exagerada simplificação ao impor aos agentes econômicos racionais uma irreal questão referente à violabilidade do direito: *para elevar a eficiência econômica social, o que devo fazer com os direitos de que, na qualidade de sujeito, sou titular?*

Se considerarmos, por exemplo, que o dinheiro é uma mercadoria que apenas podemos portar e transferir na qualidade de sujeitos de direito, a questão pode ser traduzida na deliberação de como gastar este dinheiro cotidianamente. Mais do que isso, considerando o complexo conjunto de relações jurídicas das quais participamos no tecido econômico, para Coase seria necessário pensarmos constantemente nas múltiplas possibilidades de rearranjo de direitos para reduzirmos os inevitáveis custos de transação. Para Birmingham e Posner, por sua vez, existe uma múltipla competição intercontratual em relação à qual, para não incorrerem em custos de oportunidade, deveríamos permanecer constantemente atentos em nossas deliberações sobre cumprir ou violar.

No limite, se de fato atingir a eficiência na alocação social de recursos fosse o objetivo racional de todos nós, seria necessário que, a todo instante, calculássemos incansável e herculeamente as infinitas possibilidades de violação do direito em nossas múltiplas relações dadas na forma de contratos, leis ou direitos subjetivos. Tal estado idealmente eficiente das

coisas, evidentemente, apenas pode ser realizado naquela mesma dimensão do pensamento que, momentos atrás, exercitamos ao imaginar o suplício de Tântalo.

O caráter heroico e fantasioso destas simplificações, por outro lado, está longe de ser satisfatoriamente afastado pela familiar perspectiva da fórmula *pacta sunt servanda* – ainda mais fantasiosa em sua representação deontologicizante do fenômeno jurídico. As simplificações realizadas pela AED, ao mistificar a complexidade do real, acabam nos deixando este “bloco conceitual” que, “radicalmente diferente” à crítica marxista ao direito, deve por esta ser “friccionado” (HARVEY, 2013, p. 14).

Pois bem, entre a orientação pragmática à resolução de problemas e a pretensão de cientificar a análise do direito com o empréstimo da linguagem econômica baseada na formalização matemática, o campo da AED acaba nos permitindo, com seus exageros, verificar como de fato as relações jurídicas são marcadas não apenas pela arbitrariedade, mas também pela calculabilidade matemática. Em outro contexto, afirmou um conhecido intérprete do pensamento pachukaniano: “[o] direito, no capitalismo, é convertido a um cálculo” (MASCARO, 2010, p. 91). Aqui, ainda poderíamos dizer: em verdade, a violabilidade da relação jurídica é, em essência, calculável.

A matemática é, como o direito, formalmente impessoal. E de modo semelhante às condições históricas da vitória da formalização matemática no campo da economia dita *mainstream* (LIMA, 1999), a expressão teórica desta impessoalidade na aproximação de uma formalização matemática do direito pela AED não representa uma transformação recente ocorrida na forma jurídica, mas sim um indício do amadurecimento do pensamento jurídico burguês aparentemente impulsionado em momentos históricos marcados por crises de acumulação.

Em relação à historicidade do fenômeno jurídico, porém, não há grande novidade: a subjetividade jurídica, como forma abstrata e impessoal, é uma exigência histórica do processo de troca de mercadorias sob a forma valor. Em essência, o direito é por si só calculável como dimensão necessária à igualação das vontades entre sujeitos e, portanto, à realização da troca. Não à toa, no caso do direito penal, a “expressão aritmética” da pena foi apontada por Pachukanis como algo profundamente relacionado ao “trabalho humano mensurável pelo tempo” (PACHUKANIS, 2017a, p. 177).

Por tudo isso, não é de se assustar que, em 2018, um jurista como Barroso defenda o uso da aritmética e da matemática como fundamentos para o exercício da jurisdição, como

vimos anteriormente (ver item 2.1.2). Isso não significa, entretanto, que este uso não seja “nem de esquerda, nem de direita”, como quer o ministro. O rigor técnico reivindicado pela AED tem, como seus próprios expoentes, lado na luta de classes: se a segurança jurídica que a livre troca de mercadorias pressupõe é a atuação metricamente cirúrgica da organização estatal na garantia da equivalência contratual, o cálculo de direitos aparece de modo complementar como ferramenta de equalização das relações de produção voltada ao melhor funcionamento dos processos de acumulação e valorização do capital.

A estranha forma da violação do direito apresenta-se, assim, como complemento à forma jurídica na dinâmica das relações de produção: enquanto esta representa a via histórica de mercantilização da vida, aquela representa a via histórica de sua calculabilidade. Ao sujeito de direito vítima de violações do direito, não há muito o que fazer senão exigir o troco na mesma moeda: a liberdade jurídica não é mais do que, nas relações jurídicas, liberdade de adquirir e alienar e, nas relações de violações do direito, liberdade de violar e reparar. Eis, mais uma vez, o “estreito horizonte jurídico burguês”¹²² que, na conjugação dos esforços coletivos de investigação com a força criativa das forças populares, compete-nos não apenas compreender, mas sobretudo transbordar.

Entre o arbítrio e o cálculo pelos quais o capital se realiza nas trocas intersubjetivas, a revelação da mercantilização e da calculabilidade da vida nas sendas da crítica marxista ao direito nos devolve ao exame das questões com que abrimos esta exposição. Trabalhadores precarizados, vítimas de acidentes envolvendo defeitos de fábrica deliberadamente não reparados, vítimas de prisões ilegais realizadas pela força policial estatal, populações atingidas por megaempreendimentos, barragens ou desastres socioambientais: nestes e em tantos outros exemplos semelhantes, estamos diante de sistemáticas de relações de violação do direito que afetam a vida das populações historicamente exploradas e as suas lutas por melhores condições sociais.

¹²² Referência, primeiramente, a Marx em *Crítica do Programa de Gotha*: “[...] quando, juntamente com o desenvolvimento multifacetado dos indivíduos, suas forças produtivas também tiverem crescido e todas as fontes da riqueza coletiva jorrarem em abundância, apenas então o estreito horizonte jurídico burguês poderá ser plenamente superado e a sociedade poderá escrever em sua bandeira: ‘De cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!’” (MARX, 2012, p. 33). Pachukanis, por sua vez, encerra *Teoria Geral do Direito e Marxismo* com a seguinte passagem: “[...] quando começarmos de fato, não apenas nas declarações, a eliminar esses conceitos e conseguirmos nos virar sem eles, esse será o sintoma de que, diante de nós, alargam-se os estreitos horizontes do direito burguês” (PACHUKANIS, 2017a, p. 183).

Eis os desafios apreendidos no estranhamento do real que nos impulsionam ao desenrolar de novas aproximações a partir destas que, até aqui, pudemos em alguma medida ensaiar. O principal resultado de nossa pesquisa não cabe, portanto, em um ponto final. Há, pela frente, um conjunto de tarefas abertas à crítica marxista ao direito em torno da problemática da violação do direito, abrangendo desde aprofundamentos da investigação histórica do desenvolvimento desta forma social no modo de produção capitalista e nas particularidades geopolíticas do solo latino-americano até procedimentos de verificação das respectivas aproximações teóricas na práxis dos movimentos populares.

A violação do direito e sua misteriosa relação com a dinâmica mercantil da sociedade capitalista permanece apontada como a problemática à qual, em futuras oportunidades, deverão retornar nossas pesquisas. Por ora, em relação à trajetória que até aqui percorremos, ao menos podemos dizer que pudemos chegar a um estranhamento ainda maior de nosso próprio modo de produção da vida. Neste sentido, quanto mais próximos do caótico vespeiro da totalidade capitalista, mais acertada se torna a conclusão de Horace Miner extraída de sua pequena antropologia de nós mesmos: “[é] difícil compreender como tal povo conseguiu existir por tão longo tempo sob as cargas que impôs sobre si mesmo”. (MINER, 1956, p. 507, tradução livre).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação bibliográfica é como flunar em uma grande cidade desconhecida. Em meio a multidões em movimento, que parecem em alguma medida certas e seguras sobre para onde estão indo, o *flâneur* começa estanhando as veredas de tinta, materialidade e concreto pelas quais é arrastado e encoberto. Mas, justamente por se misturar sem se diluir a elas, estranha também a si próprio: ao seu próprio corpo, que tateia o papel, segura um livro ou manuseia um editor de texto. Constantemente, é como se nunca houvesse sido convidado a conhecer segredos daqueles que, do outro lado das letras, aparentam guardar tamanha convicção no caminhar calejado e nas palavras já cicatrizadas. Ao terminar o trajeto, teria este estrangeiro da própria pesquisa algo a dizer?

Walter Benjamin, ao comentar a obra de Baudelaire, afirma que o *flâneur* é aquele que rasga o véu o qual, encobrindo a realidade, “faz com que o pavoroso atue sobre ele como um encantamento”. A partir da “experiência da multidão”, a cidade, então, mostra-se “sem disfarces” (BENJAMIN, 2000, p. 56). No caso da pesquisa, ao *flâneur* é tanto mais positivo que isso ocorra. O princípio poético da transformação do ato de flunar em arte, no processo de pesquisa, seria algo próximo ao espanto causado pelo estranhamento do real como impulso do processo de investigação.

Neste sentido, combinamos nesta pesquisa diferentes procedimentos metodológicos, todos em alguma medida relacionados a uma inspiração no exercício antropológico do estranhamento. O processo de flunar por diferentes caminhos bibliográficos e documentais nos conduziu a possíveis aproximações teóricas de nosso objeto de investigação. Observar o direito como algo exótico (capítulo 1) e a teoria da violação eficiente do direito no campo da AED como algo familiar (capítulo 2) nos permitiu, ao final, estranhar a forma da violação do direito e ensaiar uma problemática em torno de sua investigação.

Passamos pelo exame de uma série de manifestações particulares do fenômeno da violação do direito, abrangendo desde a menção aos casos do modelo Ford Pinto e da ruptura da barragem de Fundão em Mariana/MG (introdução) até a análise mais detalhada do caso do Grupo Serpos (capítulo 3). A crítica ao conceito de violação eficiente do direito, por sua vez, revelou que o campo da AED formalizou teoricamente, a partir da década de 1970, abstrações de objetivações materiais da violação do direito e, como expressão de sua característica sinceridade burguesa, elementos que nos permitiram aproximações em nossa investigação.

Ao final, combinando os acúmulos obtidos neste trajeto com a interpretação de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, chegamos como síntese provisória à afirmação de que as relações de violação do direito realizam-se sob uma forma geral (*variante particular de circulação*), abrangendo unitariamente um fato (*ação arbitrária de uma das partes*) e uma relação decorrente (*relação de troca-contratual estabelecida após o fato*). Com esta aproximação, passamos a discutir a possibilidade de reunirmos pelo menos três grandes conjuntos de relações sociais que assumem esta forma geral: (i) violações de contratos, (ii) violações de normas legais e (iii) violações de direitos subjetivos.

Vimos que a compreensão da forma pela qual se realizam as relações particulares de violação do direito se apresenta como tarefa relevante para a crítica das relações de produção capitalistas. No caso do modelo *Ford Pinto*, centenas de pessoas morreram em decorrência das decisões estratégicas tomadas pela *Ford Motor Company*. No caso do Grupo Serpos, de modo semelhante, os direitos rescisórios de dezenas de empregados não foram pagos em decorrência de cálculos de custos, riscos e oportunidades aplicados pelo empregador. O direito à própria vida, no primeiro caso, e a legislação trabalhista, no segundo, revelaram-se violáveis na exata medida da reparação equivalente, tal qual a forma jurídica da qual são expressões fenomênicas.

A partir da crítica marxista ao direito, podemos dizer que a contínua passagem do proprietário de mercadorias entre as posições de devedor e credor é o resultado histórico da dinâmica do capitalismo industrial. O movimento real do direito consiste, em síntese, nas relações de troca de equivalentes realizadas regularmente entre sujeitos de direito. Paralelamente, a mobilidade das mercadorias é uma imposição tendencial do caráter predatório do processo de valorização. A forma das relações de violação do direito, por sua vez, está profundamente conectada a estas regularidades.

Nos limites da forma jurídica, a vida torna-se menos do que ela efetivamente é ou poderia ser. A violência resolve-se em trocas de equivalentes entre sujeitos de direito. O campo da AED, neste sentido, é coerente com os pressupostos do modo de produção capitalista: convém às unidades produtivas, se não quiserem incorrer em “custos de oportunidade” e em “ineficiência econômica”, exercer o direito de causar danos (Coase), deliberar a partir da elegibilidade entre cumprir ou violar (Birmingham) e calcular a capacidade mais eficiente entre estas duas opções (Posner). Sob a lógica da racionalidade moderna, da concorrência privada e do lucro, este cálculo torna-se um imperativo para as unidades concorrentes, seja em possíveis relações de violação de contrato, de violação da

legislação e ou de violação de direitos subjetivos. Parafraseando Marx, são estes os “óculos econômico-jurídicos”¹²³ que, no fundo, servem ao capital como medida de corrigir possíveis miopias geradas pela aparência deontológica do direito.

Desde os acúmulos propiciados pelo debate soviético sobre o fenômeno jurídico, a crítica marxista ao direito descobriu que, na dinâmica das relações de produção capitalistas, a forma jurídica apresenta-se como a via histórica da separação entre o ser humano e as próprias faculdades vitais e, com isso, da mercantilização da vida. A força de trabalho, afinal, não pode ir por si própria ao mercado para alimentar o ciclo de reprodução do capital. O encontro entre sujeitos de direito é um processo necessário ao processo de valorização, e daí se desenvolve historicamente a forma jurídica. A forma da violação do direito, por sua vez, apresenta-se de modo complementar como a via histórica da calculabilidade de pretensões entre estes sujeitos.

Há, como comentamos no decorrer da exposição, uma série de aprofundamentos necessários apontados a partir destes estudos, em especial na investigação da relação entre a problemática da violação do direito e a combinação de formas de acumulação existentes na realidade atual. Enfrentar as diversas dimensões da problemática da violação do direito exigirá, de todo modo, um conjunto de aproximações de maior fôlego.

Como fosse uma espiral, se observado de determinado ponto de vista, o processo de pesquisa pode parecer um único círculo, cujo movimento volta sempre a um único ponto. Mas, se olharmos para o todo, veremos que cada ciclo não se encerra no mesmo ponto de partida. As aproximações sucessivas são retornos que levam a outro lugar, outras perguntas, outras tarefas, outros desafios, ascendendo, aos poucos, a cada sobreposição de grandes ou pequenos acúmulos.

A crítica marxista ao direito, por exigir o compromisso da pesquisa com a investigação da totalidade, ao apertar um pequeno nó, geralmente acaba por abrir diversas pontas novas a serem amarradas. Assim como no exame da teoria geral do direito Pachukanis não exauriu seu objeto, deixando indicada a tarefa de “uma análise minuciosa de cada ramo do direito em particular” (PACHUKANIS, 2017a, p. 59), semelhantemente aqui apresentamos uma proposta de síntese que, com caráter provisório e sugestivo, aponta para a continuidade do

¹²³ A expressão “óculos jurídicos” é encontrada no capítulo XXIV d’*O Capital*, em debate sobre a interpretação da legislação fabril inglesa. Ver Marx (2017a, p. 368, nota 184).

desenrolar do processo investigativo deste objeto que, como no título desta dissertação, agora podemos assim denominar: *a estranha forma da violação do direito*.

REFERÊNCIAS

1 BIBLIOGRÁFICAS

AKAISHI, Juliana Tiemi Mizumoto. Efficient Breach in Bilateral Contracts and Incentives Theory. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 2, p. 241-253, 2010.

ALAPANIAN, Silvia. A crítica marxista do direito: um olhar sobre as posições de Evgeni Pachukanis. Em: NAVES, Márcio Bilharinho. *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: UNICAMP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009. p. 21-44.

ARAÚJO, Fernando. Prefácio. Em: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARTHUR, C. J. Introdução a A teoria geral do direito e o marxismo. Em: PACHUKANIS _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017. p. 23-50.

BARROSO, Luis Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, n. 21, p. 55-72, jan./dez. 2001.

BECKER, Gary S. *The economics of discrimination*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. Em: _____. *Obras escolhidas. V. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. Tradução Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 222-234.

_____. *Charles Baudelaire: um lírico no auge do capitalismo*. Obras escolhidas III. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. *Rutgers Law Review*, v. 24, 1970, p. 273-292.

BITTENCOURT, Naiara Andreoli. *A superexploração da força de trabalho no neodesenvolvimentismo brasileiro: uma crítica teórico-jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

BODART, Bruno. A análise econômica do direito é “de direita”? *Mercado Popular*. 16 mai 2018. Disponível em: <http://mercadopopular.org/2018/05/analise-economica-do-direito-e-de-direita/>. Acesso em 02 jun. 2018.

BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

BOWLES, Roger. Economics and law. In: GREENWAY, David; BLEANEY, Michael; STEWART, Ian M. T. (Orgs.). *Companion to contemporary economic thought*. Inglaterra, Londres: Routledge, 1991. p. 781-796.

BROWN, John Prather. Toward an economic theory of liability, *The Journal of Legal Studies*, Estados Unidos da América, Chicago, v. 2, n. 2, junho de 1973, p. 323-349.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *The Yale Law Journal*, n. 70, p. 499-553, 1961.

CALDAS, Camilo Onoda. *A teoria da derivação do Estado e do direito*. São Paulo: Outra Expressões, 2015.

CAMARGO NETO, Rubens Bordinhão. *O lugar do direito do trabalho na periferia do capitalismo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

CARCANHOLO, Reinaldo. Apresentação Em: MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Tradução Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Direito do trabalho e relações de classe no Brasil: revisitando problemas e interpretações. Em: _____. *A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. cap. 3, p. 123-204.

_____; LAGE, Telma. As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CASTRO, Marcílio Moreira de. *Dicionário de Direito, Economia e Contabilidade: Inglês-Português / Português-Inglês*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

_____. The problem of social cost, *The Journal of Law & Economics*, Estados Unidos da América, Chicago, v. 3, out. 1960, p. 1-44.

COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. Berkeley University, Berkeley, 2007.

COPETTI NETO, Alfredo. *Democrazia sostanziale e analisi economica del diritto*. Tese (Doutorado em Teoria del Diritto e della Democrazia). Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia. “Tullio Ascarelli”, Università Degli Studi “Roma Tres”, Roma, 2010.

COOTER, Robert D. Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. *UCLA Law Review*, v. 29, p. 1260-1269, 1982.

_____; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

COSTA PINTO, Luis Aguiar. *Lutas de famílias no Brasil*: introdução ao seu estudo. Brasileira: Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 263. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1949.

COURA, Kalleo. Análise Econômica do Direito chega aos tribunais do país. Em: JOTA. *O futuro do direito*. Livro digital. 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 101-120, 1998.

_____. As férias depois da Convenção 132 da OIT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, n. 48, jul-dez/2002.

_____. Efetividade do direito do trabalho - uma mirada no “homem sem gravidade”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 93-105, jan./jun. 2007.

_____; UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. Pachukanis, Vaughan e a violação de normas jurídicas trabalhistas: a face obscura da gestão capitalista das relações de trabalho. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/30098.

COZERO, Paula Talita. *A astúcia empresarial e a falácia da neutralidade*: construções ideológicas da gestão de empresas sobre o direito do trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

CRASWELL, Richard, Two Economic Theories of Enforcing Promises. Stanford Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics*, Working Paper n. 203, (September 2000). DOI: 10.2139/ssrn.243613.

CRISTOFANI, Cláudia Cristina. *Aspectos Econômicos da Precisão da Decisão Judicial*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

DAMATTA, Roberto. O ofício do etnólogo, ou como ter antropológico blues. *Boletim do Museu Nacional*, Antropologia, n. 27, mai./1978.

DAVOGLIO, Pedro. Sobre o autor. Em: PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria Geral do direito e marxismo*. Tradução Paulo Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017a. p. 205-206

DÍAZ, Julio Alberto. Zeca Pagodinho, duas cervejas e a teoria do rompimento eficiente do contrato de Richard Posner. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 377, jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5463>>. Acesso em: 18 maio 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 7. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DWORKIN, Ronald. Why Efficiency?, *Hofstra Law Review*, n. 8, p.564-72, 1980.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Tradução Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____. *Le droit saisi par la photographie: éléments pour une théorie marxiste du droit*. Paris: François Maspero, 1973.

EISENBERG, Melvin. *The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination*. Berkeley University of California. Berkeley Program in Law and Economics: 2004. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz>>. Acesso em 01 jun 2018.

EISENSTEIN, Sergei. *A forma do filme*. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Segurança jurídica entre ouriços e raposas*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/seguranca-juridica-entre-ouricos-e-raposas/11727>>. Acesso em: 30 mai 2018.

FERNANDES, F. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. 3. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

FERREIRA, Hugo Luís Pena. *Ideias e instituições econômicas: uma introdução para o Curso de Direito*. Curitiba: CRV, 2017.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. Tradução Paulo Fontes. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

FRIEDMANN, Daniel. The efficient breach fallacy. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n. 1, p. 1-24, 1989.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nasceram em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA LINERA, Álvaro. Introducción. Em: ALARCÓN, Silvia de. PRIETO, Vicente. *Escritos sobre la comunidad ancestral*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional; Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, 2015. p. 103-120.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010. DOI: 10.18836/2178-0587

_____. Introdução à Análise Econômica do Direito. Em: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

GILMORE, Grant. Legal realism: its cause and cure. *The Yale Law Journal*, n. 70, p. 1037-1048, 1961

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: introdução ao movimento Law and Economics. *Revista Jurídica Brasília*, v. 7, n. 73, 2005.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 4, p. 554-594, 1977.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Marx está de volta! Um chamado pela virada materialista no campo do direito. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, 2014, p. 301-341.

GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Direito processual e capitalismo*. São Paulo: Dobra Universitária; Outras Expressões, 2017.

GUIMARÃES ROSA, João Guimarães. Desenredo. Em: _____. *Tutameia – Terceiras estórias*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 72-75.

GUIMARÃES, Lara Maringoni. *Tempo, espaço, espectador e leitor: o Abril Despedaçado de Ismail Kadaré e de Walter Salles*. Dissertação (Mestrado em Linguística). Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, 183 f.

HARVEY, David. *Para entender O capital: Livro I*. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

HEINEN, Luana Renostro. *Uma crítica à democracia pragmática de Richard Posner a partir de Jacques Rancière*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. *The Economic Journal*, v. 49, n. 196, p. 696–712, 1939, DOI 10.2307/2225023.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica da razão utópica*. Tradução Silvio Salej Higgins. Chapecó: Argos, 2013.

HIRANO, Ana Farias. *Acordos homologados pela Justiça do Trabalho: uma análise dos dissídios individuais na fase de conhecimento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

HIRSCH, Joachim. Entrevista. *Margem Esquerda*, n. 30, São Paulo, abr. 2018, p. 11-22. Entrevista concedida a Luiz Felipe Brandão Osório.

_____. *Teoria materialista do Estado: processo de transformação do sistema capitalista de Estados*. Tradução Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Caderno CEDES*, v. 21, n. 55, p. 30-41, 2001.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. O caminho do direito. Tradução Mariana Alba Zampol, Aline Oliveira Dourado e Samuel Moreira Gouveia. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 217-235 jan./jun. 2017.

_____. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, 1895, p. 457-478.

HOMERO. *Odisséia*. Tradução Manoel Odorico Mendes. 3. ed. São Paulo: Atena, 2009.

HORWITZ, Morton J. Law and Economics: Science or Politics?, *Hofstra Law Review*, v. 8, p. 905-912, 1980.

IOLOVITCH, Marcos Brossard. *Efficient breach theory* – a análise do rompimento eficiente dos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da *Law and Economics*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

JASPER, Eric Hadmann. *O desencanto da economia*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

KADARÉ, Ismail. *Abril despedaçado*. Tradução Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549–552, 1939. DOI: 10.2307/2224835.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Sujeito de direito e capitalismo*. São Paulo: Outras expressões; Dobra Universitária, 2014.

_____; NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a Teoria geral do direito e o marxismo. *Revista Jurídica Direito & Realidade*, Monte Carmelo/MG, v.01, n.02, jul./dez. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLASS, Gregory. Efficient Breach. *Georgetown Public Law Research Paper*, n. 13, v. 18, p. 362-387, 2014.

KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. Tradução Célia Neves e Alderico Toríbio. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

LESS, Arthur Allen. Economic Analysis of Law: some realism about nominalism. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, mar./1974, p. 451-482.

LIMA, Iara Vigo de. *A matematização da teoria econômica*: uma abordagem histórica. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1999.

_____. *Foucault's Archeology of Political Economy*. London: Palgrave Macmillan, 2010.

_____.; UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. Direito, violação e tecnicidade: a análise econômica do direito nas concepções de Coase e Brown. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/29913.

LINHARES, José Manuel Aroso. O pragmatismo interdisciplinar de Posner como “teoria” a decisão judicial. Em: MORAIS DA ROSA, Alexandre Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2. ed. p. 149-279.

LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Tradução Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Lewy 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MACNEIL, Ian R. Efficient breach of contract: Circles in the sky. *Virginia Law Review*, p. 947-969, 1982.

MACPHERSON, Crawford Brough. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia no século XX. Tradução Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MAIA, Dália Maria Bezerra. *Brigas de famílias*: tramas de sociabilidades no sertão do Ceará. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal do Ceará, Centro de Humanidades, Programa de Pós-Graduação em sociologia, Fortaleza, 2008. 157 f.

MAKEEV, Ivan Ivanovitch. Estado e burocracia na concepção político-jurídica de E. Pachukanis. Tradução Pedro Pompeo Pistelli Ferreira. *InSURgência*: revista de direitos e movimentos sociais, v. 2, n. 1, p. 258-268.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*: (des)encontros entre economia e direito. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

MARINI, Ruy Mauro. Dialética da dependência. Em: TRASPADINI, Roberta; STEDILE (orgs.). *Ruy Mauro Marini: vida e obra*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 131-172.

MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Tradução Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Tradução Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010a.

_____. *Sobre a questão judaica*. Tradução Nélcio Schneider. São Paulo : Boitempo, 2010b.

_____. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-: esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer, Nélío Schneider (colaboração de Alice Helga Werner e Rudiger Hoffman). São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011a.

_____. *O 18 de brumário de Luís Bonaparte*. Tradução Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011b.

_____. *Crítica do Programa de Gotha*. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. Cuaderno Kavalevsky (Extractos). Introdução de Álvaro García Linera. Em: ALARCÓN, Silvia de. PRIETO, Vicente. *Karl Marx: escritos sobre la comunidad ancestral*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional; Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, 2015. p. 124-163.

_____. *O capital*: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017a.

_____. *O capital*: crítica da economia política. Livro III: o processo global de produção capitalista. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017b.

_____; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Tradução Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____; _____. *Manifesto Comunista*. Tradução Álvaro Pina. Organização de Osvaldo Coggiola. São Paulo: Boitempo, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELKEVIK, Bjarne. Pachukanis: uma leitura marxista de Maurice Hauriou. Tradução Ricardo Prestes Pazello. *InSURgência*: revista de direitos e movimentos sociais, Brasília, v. 2, n. 1, 2016, p. 480-488.

MELOSSI, Dario. Georg Rusche and Otto Kirchheimer: "Punishment and Social Structure". *Social Justice*, Estados Unidos da América, v. 40, n. 1-2, p. 131-132, 2014, p. 265-284.

_____; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2010.

MAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 5. ed. Tradução Ana Prata. Lisboa, 2005.

MICHAUD, Yves A. *A violência*. São Paulo: Ática, 2001.

MILOVANOVIC, Dragan. Introduction. Em: PASHUKANIS, Evgeny. *The General Theory of Law and Marxism*. 2. ed. Tradução para o inglês Barbara Einhorn. New Brunswick; Londres: Transaction Publishers, 2003.

MINER, Horace. Body ritual among the Nacirema. *American anthropologist*, v. 58, n. 3, p. 503-507, 1956.

MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. Direito e Economia: introdução ao movimento Law and Economics. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 7, n. 73, p. 01-10, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Crítica ao discurso da Law and Economics: a exceção econômica do direito. Em: MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2. ed. p. 149-279.

_____; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2. ed. p. 149-279.

_____; MARCELLINO Júnior, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica, *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 1, ago./dez. 2008, p. 7-23.

MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *Quando o crime compensa: relações entre o sistema de justiça criminal e o processo de acumulação do capital na economia dependente brasileira*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2015. 274 f.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Aproximações à crítica marxista do direito*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1983.

_____. Evgeni Pachukanis (1891-1937). Em: PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. São Paulo: Sundermann, 2017b. p. 351-358.

_____. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

_____. Prefácio à edição brasileira. Em: PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. São Paulo: Sundermann, 2017a. p. 7-22.

NETTO, José Paulo. *O que é marxismo*. 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

_____. *Introdução ao estudo do método de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislavovitch. *La teoria general del derecho y el marxismo* [1924]. Tradução Carlos Castro. México, Distrito Federal: Grijalbo, 1976.

_____. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1977.

_____. Общая теория права и марксизм. Em: _____. Избранные Произведения по Общей Теории Права и Государства. Moscou: Наука, 1980a. p. 32-181.

_____. *The General Theory of Law and Marxism*. Tradução Peter B. Maggs. Em: _____. *Selected Writings on Marxism and Law*. Editado por Piers Beirne e Robert Sharlet. Londres: Academic Press, 1980b. p. 37-131.

_____. Teoria geral do direito e marxismo [1924]. Tradução José A. Cardoso. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. Teoria geral do direito e marxismo. Tradução Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

_____. A teoria marxista do direito e a construção do socialismo. Tradução Lídia C. Ferreira e Márcio Bilharinho Naves. Em: NAVES, Márcio Bilharinho. *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: UNICAMP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009. p. 137-149.

_____. *Teoria Geral do direito e marxismo*. Tradução Paulo Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017a.

_____. A teoria geral do direito e marxismo. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017b. p. 51-224.

_____. Para um exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017c. p. 227-234.

_____. Um exame das principais correntes da literatura francesa sobre direito público. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017d. p. 234-248.

_____. A natureza do Estado segundo um jurista burguês. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017e. p. 249-264.

_____. Prefácio à edição russa [dos Princípios do direito público de M. Hauriou. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017f. p. 265-280.

_____. Os dez anos de O Estado e a revolução de Lenin. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017g. p. 281-302.

_____. O aparato de Estado soviético na luta contra o burocratismo. Em: _____. *A teoria geral do direito e marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Tradução Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017h. p. 303-348.

_____. Lênin e os problemas do direito. Tradução Ricardo Prestes Pazello. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, 2018, p. 1897-1931.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, n. 471, out. 2014. DOI: 10.2139/ssrn.2514577.

PAZELLO, Ricardo Prestes. O direito entre a historicidade e a universalidade a partir da polêmica entre Pachukanis e Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba: SER/UFPR, n. 57, p. 203-20, 2013.

_____. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Curitiba, Curitiba, 2014.

_____. Os momentos da forma jurídica em Pachukanis: uma releitura de Teoria geral do direito e marxismo. *Verinotio*, Belo Horizonte, n. 19, ano X, abr./2015, p. 133-143.

_____. Contribuições metodológicas da teoria marxista da dependência para a crítica marxista ao direito. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016a, p. 540-574.

_____. Acumulação originária do capital e direito. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, v. 2, n. 1, p. 66-116. Brasília, 2016b.

_____. Pachukanis: a teoria marxista do direito aos cem anos de Revolução Russa. *Margem Esquerda*, São Paulo, Boitempo Editorial, n. 28, jan.-jul./2017, p. 75-89.

PERRI, Cláudia Haidamus. *Aplicação da teoria do inadimplemento eficiente aos contratos nacionais*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo; CAMPUS, Ed. *Curso de Law & Economics*. São Paulo: Campus, 2004.

POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Cambridge; Massachussetts; Londres: Harvard University Press, 1981.

_____. *Economic analysis of law*. 3. ed. Nova Iorque: Wolter Kluwer & Business, 1986.

_____. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, n. 107, p. 1349-1363, Michigan, 2009.

PROKHOROV, Aleksandr Mikhailovich (Redator-chefe). *Большая Советская Энциклопедия* [Bol'chaya Sovetskaya Entsiklopediya – Grande Enciclopédia Soviética]. 3. ed. t. 20. Плата - Проб. Moscou: Советская Энциклопедия [Sovetskaya Entsiklopediya – Enciclopédia Soviética], 1975.

RAMOS FILHO, Wilson. Delinquência patronal, repressão e reparação. *Revista Trabalhista – Direito e Processo LTr-Anamatra*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 129-148, out./dez. 2008a.

_____. Neo-escravismo no brasil contemporâneo: crime e castigo. *Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 48, n. 0, Curitiba, 2008b.

_____. *Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. O enunciado nº 331 do TST: terceirização e a delinquência patronal. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 58, p. 110-122, abr. 1994.

RIBAS, Juliana Rodrigues. *Direito, economia e organizações: uma análise dos deveres de proteção e diligência nos contratos de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. 185 f.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DA SILVA CAMPOS, Diego Caetano. Análise Econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 11, n. 11, p. 304-329, 2012. LAZEAR, Edward P. Economic imperialism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 115, n. 1, p. 99-146, 2000.

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2006.

ROMEIRO, Paulo; FROTA, Henrique Botelho. *Megaprojetos de impacto urbano e ambiental: violação de direitos, resistência e possibilidades de defesa das comunidades impactadas*. São Paulo: IBDU, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 4-58, 2008.

SANCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. Prólogo. Em: PACHUKANIS, Evgeny. *La teoría general del derecho y el marxismo*. Tradução (Espanhol) Carlos Castro. México, D.F.: Grijalbo, 1976. p. 1-7.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Teoria geral do direito e marxismo de Pachukanis como crítica marxista ao direito. *Verinotio*, Belo Horizonte, n. 19, ano X, abr./2015.

SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. *The American Journal of Comparative Law*, v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. Tradução Francisco Carlos de Almeida Cunha Medeiro e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SHAVELL, Steven. Is breach of contract immoral. *Emory Law Review*, v. 56, p. 439, 2006.

SOARES, Moisés Alves. *Direito e alienação nos Grundrisse de Karl Marx*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

_____. *O equilíbrio catastrófico da teoria marxista do direito no Brasil*. Margem Esquerda, n. 30, São Paulo, abr. 2018, p. 43-52.

_____; PAZELLO, Ricardo Prestes. Direito e marxismo: entre o antinormativo e o insurgente. *Revista Direito e Práxis*, v. 5, n. 9, 2014.

_____; _____. As contribuições de P. I. Stutchka para o pensamento jurídico soviético revolucionário. Em: BATISTA, Flávio Roberto; MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. (Orgs.). *Revolução russa, estado e direito*. São Paulo: Dobradura Editorial, 2017, p. 52-84.

SOTELO, Daniel. Maquiavel, a religião e a grande empresa. *Revista Científica FACMAIS*, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2012/04/4.MAQUIAVEL-A-RELIGI%C3%83O-E-A-GRANDE-EMPRESA-Daniel-Sotelo.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, SP, v. 71, n.11, p. 1317-1323, nov. 2007.

_____. O desrespeito aos direitos trabalhistas como ato ilícito e o exercício abusivo desse ilícito. Em: _____. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Volume I. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. p. 755-762.

_____; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014.

SOUZA, Marcel Soares de. Pachukanis e o direito penal: entre o positivismo criminológico e o abolicionismo revolucionário. Em: *Revista InSURgência*, Brasília v. 2, n. 1, p. 269-294, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Apresentação: a Análise Econômica do Direito e caráter “predatório no Estado Democrático de Direito”. Em: MORAIS DA ROSA, Alexandre; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2. ed. p. 149-279.

_____. Livre apreciação da prova é melhor do que dar veneno ao pintinho? *Consultor Jurídico*, Senso Incomum (coluna), 13 jul. 2017. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/senso-incomum-livre-apreciacao-prova-melhor-dar-veneno-pintinho>>. Acesso em 05 jun. 2018.

STUTCHKA, Piotr. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução Sílvia Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. Em: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 3. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TIMO, Pétalla Brandão. Desenvolvimento à custa de violações: impacto de megaprojetos nos direitos humanos no Brasil. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 10, n. 18, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº4, outubro/novembro/dezembro, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. A bonita boliviana manteve a palavra. *Revista Jurídica Direito & Realidade*, Monte Carmelo/MG, v.01, n.01, jan./jun. 2011. p. 18-19.

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; CESTP – COORDENADORIA DE ESTATÍSTICA E PESQUISA DO TST. *Movimentação processual do TST*. Ano de 2016. Brasília: TST – Tribunal Superior do Trabalho, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/9e71dd0b-5ded-47ae-aada-902a0fa33d7f>>. Acesso em 26 mar. 2017.

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. “A mercadorização dos delitos: ensaio de criminologia dialética”. *Disenso*, Revista de Graduação do PET-DIREITO-UFSC, Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 5, 2013, p. 169-190.

_____. A mercadorização dos delitos: ficção e realidade. *Revista Crítica do Direito*. São Paulo, SP, n.4, v.61 jun., 2014.

_____. A Justiça do Trabalho e a repetição da forma-valor. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, Rio de Janeiro, 2016a.

_____. O uso eficiente da Justiça do Trabalho no planejamento empresarial: um estudo de caso. Em: WANDELLI, Leonardo Vieira; BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. *Trabalho e regulação no Estado Constitucional*. V. 3. Bauru: Canal 6, 2016b. p. 68-79.

VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. *Revista Direito GV*. v. 1, n. 2, p. 221-228, jun./dez. 2005.

VAUGHAN, Diane. The dark side of organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster. *Annual Review of Sociology*, Palo Alto, Estados Unidos da América, v. 25, p. 271-305, ago./1999.

VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. *Disciplina, direito e subjetivação: uma análise de Punição e estrutura social, Vigiar e punir e Cárcere e fábrica*. Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Sociologia da Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no brasil, *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, v.10, 2012, p. 25-53.

ZANITELLI, Leandro Martins. Corporações e direitos humanos: o debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, p. 37-57, dez./2011.

2 DOCUMENTAIS

ABDE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA. *Nota de esclarecimento oficial da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE*. Disponível em: <<https://abde.com.br/noticias/nota-de-esclarecimento-oficial-da-associacao-brasileira-de-direito-e-economia-abde-32>>. Acesso em 01 jun 2018.

CEPTST – COORDENADORIA DE ESTATÍSTICA E PESQUISA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Relatório Analítico 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/cf56215a-7bc5-39ec-44d7-7f708a372b24>>. Acesso em 06 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017.

RELATÓRIO DE PROCESSOS TRABALHISTAS DE 2011. Disponível em: <<https://pje.trt18.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=13032210525710700000000246924>>. Anápolis, 2011. Acesso em: 31 mar. 2016.

TERRA DE DIREITOS. *Empresas e violações de direitos humanos: esse lucro não é direito*. Curitiba: Terra de Direitos, 2015.

3 JORNALÍSTICAS

BARBOSA, Josusmar. Laços de Sangue: 5 réus são condenados a quase 100 anos de prisão. *Jornal da Paraíba*. 01 jun 2017. Disponível em: <http://www.jornaldaparaiba.com.br/vida_urbana/lacos-de-sangue-5-reus-sao-condenados-a-quase-100-anos-de-prisao.html>. Acesso em 03 ago 2018.

CORDEIRO, Tiago. 6 rixas entre famílias que entraram para a história. *Super Interessante*. 29 mar 2017. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/6-rixas-entre-familias-que-mudaram-o-rumo-da-historia/>>. Acesso em 03 ago 2018.

ENAP – ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Enap e FGV dão início ao curso Análise Econômica do Direito*. 28 set. 2017. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/web/pt-br/noticias/-/asset_publisher/LviHFVBrASPU/content/enap-e-fgv-dao-inicio-ao-curso-analise-economica-do-direito/586010>. Acesso em 04 jun 2018.

GOIS, Ancelmo. A ideologia dos números. *O Globo*. 11 mai 2018. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/ideologia-dos-numeros.html>>. Acesso em 02 jun. 2018

O GLOBO [autoria não identificada]. *Nobel de Economia, um prêmio bastardo e controverso*. 13 out. 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/nobel-de-economia-um-premio-bastardo-controverso-14205945#ixzz5HaQuZzy6>>. Acesso em 05 jun. 2018.

4 AUDIOVISUAIS

ABRIL DESPEDAÇADO. Direção: Walter Salles Júnior. Produção: Arthur Cohn. Roteiro: Walter Salles Júnior, Sérgio Machado, Karim Aïnouz (baseado no livro homônimo de Ismail Kadaré). Brasil: VideoFilmes, Miramax Films, Columbia TriStar do Brasil, 2001.

CLASS ACTION. Direção: Michael Apted. Twentieth Century Fox, 1999.

ANEXO I
RELATÓRIO DE PROCESSOS TRABALHISTAS DE 2011

Relatório de Processos Trabalhistas de 2011

ANÁPOLIS - Santana

1- Reclamante: [REDACTED] (Cobrador)

Processo: 926/2011 – 1ª Vara

Obs: Acordo no valor de R\$ 531,00. Empregado pediu demissão e sumiu, entramos com ação de consignação em pagamento para não termos que pagar multa, o valor pago foi apenas de suas verbas rescisórias, sem multa do FGTS e sem aviso prévio.

2- Reclamante: [REDACTED] (vendedora)

Processo: 638/2011 – 4ª Vara

Obs: Acordo no valor de R\$ 1.000,00. Emprega foi demitida e estava grávida, entrou com ação pedindo indenização de R\$ 12.000, pela estabilidade de gestante. Fizemos acordo no valor de R\$ 1.000,00, e reintegramos a empregada ao trabalho, está fazendo serviços administrativos.

APARECIDA DE GOIÂNIA

1- Reclamante: [REDACTED] (vendedora)

Processo: 439/2011 – 7ª Vara

Obs: Processo arquivado devido a ausência da Reclamante.

2- Reclamante: [REDACTED] (vendedora)

Processo: 574/2011 – 7ª Vara

Obs: Acordo no valor de R\$ 261,00. Apenas uma parte de comissão que não havia recebido.

3- Reclamante: [REDACTED] (vendedora)

Processo: 1982/2011 – 7ª Vara

Obs: Apenas liberamos as guias de seguro desemprego e para saque do FGTS.

GOIANIA

1- Reclamante: [REDACTED] (recepcionista)

Processo: 1722/2011 – 12ª Vara

Obs: Essa Reclamante perdeu a ação contra a empresa e foi ainda condenada por litigância de má-fé por ter simulado um acidente de trabalho. Entrou com recurso para reverter a condenação por litigância de má-fé, o processo está no Tribunal Superior do Trabalho.

2- Reclamante: [REDACTED] (cobrador)

Processo: 1976/2011 – 10ª Vara

Obs: Acordo no valor de R\$ 5.500,00. Esse empregado teve a moto roubada enquanto trabalhava, queria que a empresa desse outra moto pra ele, não concordamos, então ele deixou claro que iria exigir seus direitos. Orientei o departamento de cobrança e departamento pessoal para que não pagasse nada para o empregado, e dissesse a ele para entrar direto na justiça que acertaríamos lá. Assim foi feito. O valor pago no acordo englobou apenas as verbas rescisórias, e não pagamos nada da moto, não pagamos aviso prévio e nem multa do FGTS.

0

LUZIÂNIA

1- **Reclamante:** [REDACTED] (vendedora)

Processo: 699/2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 850,00. Apenas verbas rescisórias, sem multa do FGTS e sem aviso prévio.

CRISTALINA

1- [REDACTED] (cobrador Cristalina)

Processo: 1062/2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 100,00. Esse empregado juntamente com outra funcionária deixou registrado no computador da empresa em conversa pelo sistema MSN, que alguém havia feito café com água do vaso sanitário para que os outros empregados e também clientes da empresa bebessem. Fui pessoalmente em Cristalina, reuni todos os empregados, comuniquei o ocorrido, questionei quem tinha feito o café, como ninguém assumiu, fiz a demissão POR JUSTA CAUSA dos dois empregados que sabia do ocorrido e nada fizeram para impedir o mal feito e nem comunicaram a empresa, sendo um deles o aqui Reclamante.

2- [REDACTED] (Auxiliar Administrativo Cristalina)

Processo: 1061/2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 1.600,00. Estava envolvida no episódio acima citado. Sabia quem tinha feito o café com água do vaso sanitário e nada fez para impedir que as pessoas bebessem desse café, nem comunicou o fato à empresa. Foi demitida POR JUSTA CAUSA na mesma oportunidade que o Reclamante anterior ([REDACTED]), recebeu apenas férias vencidas e saldo de salário.

IPAMERI

1- **Reclamante:** [REDACTED] (agente funerário)

Processo: 1695-45.2011 Vara do Trabalho de Catalão

Obs: Acordo no valor de R\$ 9.000,00. Já sabíamos que esse funcionário daria problema, então orientei para que nada fosse pago a ele, para que fizéssemos apenas um acerto na justiça. As verbas rescisórias davam R\$ 6.500,00. Foram realizadas duas audiências. O valor da causa era de R\$ 96.423,00, sendo que aproximadamente R\$ 43.000,00 era só de horas extras. Na primeira audiência em novembro foi pedido pelo Reclamante o valor de R\$ 50.000,00 para fazer acordo, e eu ofereci o valor de R\$ 5.000,00. Sem acordo, foi remarcada a 2ª audiência para dezembro, o Reclamante abaixou o pedido de acordo para R\$ 40.000,00 e eu aumentei a proposta para R\$ 6.000,00. Como não houve acordo, o juiz passou a ouvir as testemunhas, depois de ouvidas as minhas testemunhas o juiz fez uma sugestão de acordo no valor de R\$ 10.000,00. O Reclamante e seu advogado aceitaram, eu fiz proposta de R\$ 7.000,00. Diante do depoimento das testemunhas e pelas folhas de ponto, constatei que havia restado comprovadas algumas horas extras, principalmente as horas de intervalo para refeição, o que daria aproximadamente R\$ 6.000,00 de horas extras. Então, fiz proposta de acordo de R\$ 8.000,00 e o juiz abaixou a sugestão para R\$ 9.000,00, onde fechamos o acordo, tendo o juiz discriminado as verbas para que a empresa não precisasse pagar INSS sobre o valor do acordo.

Subtraindo do valor do acordo o valor das verbas rescisórias do reclamante aproximadamente de R\$ 6.500,00, pagamos para o mesmo R\$ 2.500,00 de horas extras, sendo que o reclamante laborou na empresa por 4 anos.

CERES

1- Reclamante: [REDACTED] (vendedora)

Processo: 3415-54.2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 1.400,00. Recebeu apenas as verbas rescisórias, sem aviso prévio e multa do FGTS. Acordo costurado para ficar livre do pedido de indenização de danos morais por assédio moral por parte da Norma. Aqui também orientei para que nada fosse pago para a empregada no seu acerto, pois já sabíamos que entraria com ação trabalhista. Inclusive não efetuamos o pagamento do salário do último mês trabalhado, o que ajudou para fazer o acordo, pois a empregada estava muito apertada e precisando de dinheiro rápido, por isso aceitou o acordo.

2- Reclamante: [REDACTED] (vendedora)

Processo: 3416-39.2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 2.300,00. Recebeu apenas as verbas rescisórias, sem aviso prévio e sem multa do FGTS. Acordo também costurado para evitar condenação por danos morais, visto que acusavam a Norma de assédio Moral, inclusive com denúncia no Ministério Público do Trabalho. Também aqui utilizei a estratégia de não pagar nada na rescisão da empregada, pois já sabíamos que iria entrar na justiça, o que fez que aceitasse o acordo rapidamente, vez que estava precisando de dinheiro com urgência.

3- Reclamante: [REDACTED] (monitor de vendas)

Processo: 2441-2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 1.650,00. Recebeu apenas suas verbas rescisórias, sem aviso prévio e sem multa do FGTS. Esse caso gerou uma mudança em nosso CONTRATO DE TRABALHO, o qual é assinado pelos empregados quando entram na empresa. Esse monitor bateu o carro pela segunda vez, o Sergio mandou dispensá-lo e descontar dele o valor do conserto. Foi feito o desconto mas o empregado não aceitou e deixou claro que iria entrar na justiça, não fomos autorizados a efetuar o desconto do conserto do carro porque no nosso contrato de trabalho não existe essa previsão.

Imediatamente comuniquei ao departamento pessoal que fizesse a mudança do contrato incluindo cláusula que permita o desconto de prejuízos causados à empresa por culpa do empregado. O que já foi feito pela Claudia, inclusive os contratos dos empregados antigos estão sendo trocados por contratos novos com essa nova cláusula

URUAÇU

1- Reclamante: [REDACTED] (pedreiro obra da sede própria)

Processo: 2441/2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 2.500,00. Como foi alertado no início da obra, alguns trabalhadores poderiam entrar na justiça, nesse caso poderíamos ter que pagar as verbas rescisórias. Lembrando que já tivemos um processo que reconheceu o vínculo empregatício e mandou pagar as verbas rescisórias, e que está correndo desde 2010 encontrando-se na fase de execução. No caso desse reclamante, fizemos o acordo porque o valor ficou bem abaixo do valor das verbas rescisórias, as quais somariam aproximadamente R\$ 5.300,00. Outros pedreiros e serventes vão entrarem com ação e novas jurisprudências e novas testemunhas serão utilizadas nas defesas, podendo acontecer de não ficar comprovado o vínculo empregatício, mas tudo isso já foi alertado desde o início da obra.

PORANGATU

1- Reclamante: [REDACTED] (agente funerário)

Processo: 492/2011

Obs: Acordo no valor de R\$ 7.000,00. Recebeu apenas as verbas rescisórias, menos a multa do FGTS. Esse também deixou claro que iria entrar na justiça, desafiou a gerente e foi demitido POR JUSTA CAUSA, não pagamos nada na rescisão dele, justamente para forçar um acordo na audiência, o que deu certo, considerando que o reclamante queria inicialmente R\$ 20.000,00 para fazer acordo.

RESUMO

Ao todo tivemos 16 (dezesesseis) ações trabalhistas no ano de 2011, sobre as quais pagamos o valor total de R\$ 33.692,00. Sendo que nesse valor está incluído o valor de todas as rescisões (excluídas as ações nº 2 de Anápolis e nº 2 de Goiânia, que somam R\$ 1.261), considerando que em todos os casos, como o empregado já tinha dado sinais que iria entrar na justiça, não fizemos o acerto rescisório na empresa, deixando para acertar tudo na justiça do trabalho.

Somente no caso da ação nº 01 de Ipameri, do empregado Paulo Roberto Gratão, foi pago valor acima das verbas rescisórias (R\$ 2.500,00), mas que ficou bem abaixo do valor das horas extras comprovadas pelas folhas de ponto e depoimento das testemunhas.

Ou seja, ao todo, no ano de 2011, o Grupo Serpos teve que pagar apenas R\$ 2.500,00, de indenização trabalhista que não fazia parte das verbas rescisórias que deveriam estar na rescisão dos empregados demitidos.

E ainda, a multa de 40% do FGTS somente foi paga na ação acima citada (nº 01 de Ipameri), tendo o Grupo Serpos economizado a multa de 40% do FGTS em todas as outras ações.

Quanto ao aviso prévio indenizado, somente foi pago na ação nº 1 de Ipameri e na ação nº 01 de Porangatu, em todas as outras ações o Grupo Serpos economizou o aviso prévio.

Todas as unidades que mantiveram um contato anterior com o Jurídico para se orientar na forma de agir tiveram um bom desempenho em 2011 quanto a administrar a saída de funcionários, com exceção da unidade de Ceres que apresentou problemas antigos, correndo o risco de haverem condenações por assédio moral.

Destacamos as unidades Serpos Anápolis, Senador Canedo, Uruaçu, Morrinhos, Niquelândia, Minaçu, Palmeirópolis e Alto Paraíso, as quais não tiveram qualquer ação trabalhista no ano de 2011, o que demonstra que os gerentes estão mais atentos, funcionário problemático tem que ser desligado logo no início, para que não venha causar problemas futuros. Sendo essa é uma orientação constante do departamento jurídico.

CONCLUSÕES e ORIENTAÇÕES

Por meio das experiências vividas nesse ano, podemos concluir que a estratégia de não efetuar acerto/pagamento de funcionários que apresentam sinais de que vão criar problemas trabalhistas é a melhor solução. Isso porque:

- 1- Quando deixamos de efetuar o pagamento do acerto rescisório do empregado na empresa ele geralmente fica sem nenhum dinheiro, o que faz com que fique mais necessitado de um acordo para ter acesso imediato ao dinheiro, pois suas contas estão vencendo e ele sabe que um processo trabalhista pode demorar muito:
- 2- Também quando deixamos de pagar as verbas rescisórias do empregado na empresa o valor que vamos propor para fazer um acordo na justiça do trabalho fica mais alto e isso faz com que o advogado do empregado também prefira o acordo, pois terá acesso rápido aos seus honorários, e mais do que o seu cliente, ele sabe que o processo pode demorar anos:
- 3- No entanto, precisamos ter a estratégia bem montada para não incorrerem em multa do art. 477 da CLT. Por isso, quando o empregado criar problema, o correto é dizer a ele que procure os seus direitos, que a empresa irá acertar com ele somente na justiça, sem entregar qualquer documento ao empregado. Assim, quando ele entrar na justiça e disser que foi dispensado, nós alegaremos que ele abandonou o emprego, e que jamais houve dispensa, com isso, livramos a empresa da multa e ficamos mais próximos de um acordo.
- 4- Quanto aos descontos dos prejuízos causados à empresa pelos empregados, tais como: multa de trânsito, batida de carro, diferença de caixa e outros, a partir de agora teremos embasamento legal para efetuar esses descontos, vez que passamos a incluir a cláusula no contrato de trabalho dos empregados, tanto nos novos contratados, quanto nos antigos, pois os contratos estão sendo trocados pelo Departamento de Recursos Humanos.

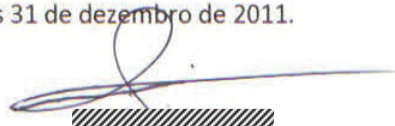

Finalmente, concluímos com toda certeza que no ano de 2011 o saldo das ações trabalhistas foi muito positivo para o Grupo Serpos, pois se somados apenas os valores das multas de 40% de FGTS que a empresa deixou de pagar nas ações acima relacionadas teremos uma economia aproximada de R\$ 8.320,00. Sem contar o aviso prévio.

Ou seja, a empresa se livrou de empregados problemáticos, sem a necessidade de pagar aviso prévio e multa do FGTS em praticamente todos os casos.

Um trabalho articulado entre o departamento Jurídico, o departamento de Recursos Humanos e os chefes dos demais departamentos, com troca de idéias e experiências constantemente, corrigindo os erros logo que forem notados, conduzirá o Grupo a resultados cada vez melhores. Prova disso é a redução já aplicada sobre a comissão dos cobradores que antes era de 10%, depois passamos para 8% e agora concluímos que o ideal para o momento é fixarmos a comissão em 6%.

Trabalho, compromisso e articulação entre os departamentos, colando essa política em prática, 2012 será um excelente ano pra todos.

Anápolis 31 de dezembro de 2011.



OAB/GO
Dep. Jurídico